

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMANDA DE OLIVEIRA LAFFITTE

**A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NA SUCESSÃO POR MORTE, *LEADING CASES*  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO  
DIREITO DAS SUCESSÕES**

CURITIBA

2018

AMANDA DE OLIVEIRA LAFFITTE

**A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NA SUCESSÃO POR MORTE, *LEADING CASES*  
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO  
DIREITO DAS SUCESSÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito das Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Novos Paradigmas do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2018

L163c

Laffitte, Amanda de Oliveira

A concepção de família na sucessão por morte, leading cases do Supremo Tribunal Federal e a necessidade de releitura do direito das sucessões / Amanda de Oliveira Laffitte; orientador: Eroulths Cortiano Junior. – Curitiba, 2018.

137 p.

Bibliografia: p. 125-137.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Herança e sucessão. 2. Direito de família. I. Cortiano Junior, Eroulths. II. Título.

CDU 347.65

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas**

## TERMO DE APROVAÇÃO

AMANDA DE OLIVEIRA LAFFITTE

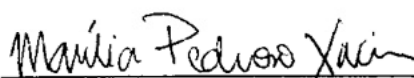
### A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA NA SUCESSÃO POR MORTE, *LEADING CASES* DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



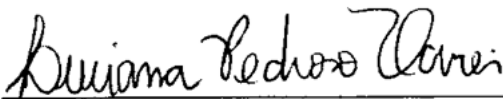
---

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior  
Orientador



---

Profª. Dra. Marília Pedroso Xavier  
Universidade Federal do Paraná



---

Profª. Dra. Luciana Pedroso Xavier

Curitiba, 6 de março de 2018

Ao meu avô, Aury Cavanha Laffitte,  
com saudade.

## **AGRADECIMENTOS**

Muitos foram os que participaram, incentivaram e ajudaram ao longo desse percurso. Nesse momento, gostaria de agradecer, em especial, aos meus pais, Lucia e Marcio, por tudo. Vocês fizeram de mim a pessoa que hoje sou e eu não teria conseguido dar nem o mais pequeno passo sem vocês. Ao meu irmão, Gabriel, pelo orgulho que me proporciona diariamente. Ao Paulo Liebl, pelo amor e apoio incondicional. Significa o mundo para mim ter você em minha vida. Ao Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior, pelos valiosos ensinamentos e pela orientação nesse estudo. Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, por quem também nutro reverencial admiração. Ao Antonio Seixas e Clóvis Pinho, pela amizade, por sempre estarem dispostos a conversar sobre as angústias da vida de mestrando e pela leitura atenta do texto. Ao Dr. Eduardo Lourenço Bana, pela compreensão e incentivo. Por fim, à Universidade Federal do Paraná, pela valiosa oportunidade.

A morte é um problema dos vivos.

Norbert Elias

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo fomentar a reflexão sobre a necessidade de releitura do direito das sucessões, adotando como perspectiva teórica a metodologia do direito civil-constitucional. A importância do tema reside no fato de que, ainda que o direito das sucessões possua íntima relação com os institutos basilares do direito civil, notadamente com a família, as mudanças sofridas por esses institutos não foram acompanhadas pelo sistema sucessório, que: (i) não leva em consideração a natureza e a origem dos bens ou as qualidades pessoais dos herdeiros para a transmissão da herança; (ii) impõe ao testador restrições que nem sempre se justificam; (iii) independe da existência de afetividade entre o autor da herança e seus herdeiros; (iv) não permite alcançar de forma isonômica as pessoas que integram a família; (v) estabelece reserva hereditária que, nos moldes em que fixada, não alcança a sua finalidade; dentre outros. Atrelado a esses fatores, a necessidade de releitura do direito das sucessões é evidenciada também em razão do recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Recursos Extraordinários 898.060/SC, 646.721/RS e 878.694/MG, dotados de repercussão geral. Isso porque, diante das decisões proferidas, diversas questões sucessórias se revelam, demandando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre a ausência de adequação das regras sucessórias à realidade concreta. Destarte, o tratamento atribuído à sucessão legal e à sucessão testamentária precisam ser repensados, a fim de que se reconheça, efetivamente, a relevância atribuída contemporaneamente aos institutos da propriedade, da autonomia privada e da família.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Família contemporânea. Direito à legítima. Liberdade testamentária. Multiparentalidade. Equiparação regime sucessório cônjuge e companheiro.



## **ABSTRACT**

The present study aims to inspire reflection on the need to review the succession law, incorporating as theoretical perspective the methodology of constitutional civil law. The importance of the theme lies in the fact that, although the inheritance law has an intimate relation with the basic institutes of civil law, notably with the family, the changes undergone by these institutes were not accompanied by the succession system, that: (i) does not take into account the nature and derivation of the property or the personal qualities of the heirs to transfer the inheritance; (ii) inflicts on the testator limitations that are not always justified; (iii) does not depend on the existence of affectivity between the author of the inheritance and his heirs; (iv) does not reach the members of the family in an isonomic manner; (v) establishes a hereditary reservation that, in the way in which it is imposed, does not reach its purpose; among others. Associated to these factors, the need to review the succession law is also evidenced by the recent ruling of the Brazilian Supreme Court on the extraordinary appeals 898.060/SC, 646.721/RS e 878.694/MG. This because, in the way the decisions handed down, several succession issues are revealed, demanding the positioning of doctrine and jurisprudence about the lack of adaptation of succession rules to concrete reality. Therefore, the treatment attributed to legal succession and testamentary succession in Brazil need to be rethought in order to effectively recognize the relevance attributed contemporaneously to the institutes of property, private autonomy and family.

**Key words:** Succession law. Contemporary family. Hereditary reservation. Testamentary freedom. Multiparentality. Equal succession treatment to spouse and partner.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 - FUNDAMENTOS DA SUCESSÃO POR MORTE.....</b>	<b>17</b>
1.1 JUSTIFICATIVA DA SUCESSÃO POR MORTE E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À HERANÇA.....	18
1.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO POR MORTE ADMITIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA PESSOA FALECIDA.....	24
1.3 CONCILIAÇÃO ENTRE AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO POR MORTE E A PREVISÃO DO INSTITUTO DA RESERVA HEREDITÁRIA .....	31
<b>CAPÍTULO 2 - DIREITO DAS SUCESSÕES ENTRE A PROPRIEDADE, A AUTONOMIA PRIVADA E A FAMÍLIA .....</b>	<b>38</b>
2.1 PROPRIEDADE, SUCESSÃO POR MORTE E OS PRINCÍPIOS DA UNIDADE DA SUCESSÃO E DA IGUALDADE SUCESSÓRIA.....	40
2.2 AUTONOMIA PRIVADA, SUCESSÃO POR MORTE E AS DIFICULDADES NA PRESERVAÇÃO DA VONTADE DO TESTADOR.....	45
2.3 FAMÍLIA, SUCESSÃO POR MORTE E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DA SUCESSÃO LEGAL.....	55
<b>CAPÍTULO 3 - A TRANSFORMAÇÃO DA CONCEPÇÃO JURÍDICA DE FAMÍLIA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DAS SUCESSÕES .....</b>	<b>61</b>
3.1 FAMÍLIA MODERNA À CONTEMPORÂNEA .....	63
3.2 PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES E A AUSÊNCIA DE HIERARQUIA AXIOLÓGICA OU ROL TAXATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	75
3.3 O DESCOMPASSO ENTRE O DIREITO DAS SUCESSÕES E A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA .....	83
<b>CAPÍTULO 4 - <i>LEADING CASES</i> E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO DIREITO DAS SUCESSÕES .....</b>	<b>94</b>
4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 E A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE .....	95
4.1.1 Havendo multiparentalidade, como será a participação dos ascendentes na sucessão do filho que não deixar descendentes? .....	103

4.1.2 É possível o reconhecimento da multiparentalidade <i>post mortem</i> para fins sucessórios? .....	106
4.2 RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694 E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 ....	109
4.2.1 O companheiro é herdeiro necessário? .....	116
4.2.2 Como será a participação do companheiro se preenchida a hipótese do artigo 1.830 do Código Civil de 2002? .....	119
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	122
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	125

## INTRODUÇÃO

O direito das sucessões é identificado como o conjunto de normas jurídicas que regulam a transmissão de direitos e obrigações da pessoa falecida para seus sucessores. Trata-se de ramo do direito civil que se caracteriza por sofrer direta influência dos conceitos e categorias dos demais ramos, bem como por abarcar os institutos da propriedade, da autonomia privada e da família.

Hodiernamente, porém, conforme lição de José de Oliveira Ascensão, o direito das sucessões é tido como ramo abandonado do direito civil. Isso porque, ainda que tenha a função de servir à continuidade de direitos e obrigações, com muita frequência, a sucessão por morte não significa continuidade, mas sim ruptura.

À volta da herança suscitam-se dramas familiares; assiste-se à dissolução precoce da coesão da família de sangue; e criam-se bloqueios no próprio fluir das relações patrimoniais. A lei não se mostra adequada para atalhar a este estado de coisas; talvez não esteja sequer interessada em fazê-lo. As soluções mais simples não são facilitadas. Tudo para gaúdio da burocracia.<sup>1</sup>

Essa lição é o ponto de partida para a presente dissertação, que tem por objetivo evidenciar a necessidade de releitura do direito das sucessões diante do cenário que se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar o objetivo delineado, o estudo tem como foco analisar se a compreensão de família presente no direito das sucessões é compatível com a concepção contemporânea de família, marcada pela prevalência da afetividade e garantia do estado de filiação, assim como examinar as questões sucessórias que surgem ou são intensificadas em razão do recente julgamento de *leading cases* pelo Supremo Tribunal Federal de temáticas que envolvem ou repercutem diretamente no direito das sucessões.

A escolha do tema parece oportuna porque, contemporaneamente, o sistema sucessório é objeto de intensos debates na doutrina e na jurisprudência.

Em virtude dos diversos defeitos e insuficiências que maculam as regras sucessórias, o direito das sucessões convive com a necessidade de elaboração de teses e fórmulas para problemas sem fácil solução. Atrelado a isso, a propriedade, a autonomia privada e a família estão na pauta das crises e das transformações,

---

<sup>1</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O herdeiro legítimo**. 6 dez. 1996, p. 6. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

sofrendo uma releitura que os direciona de uma perspectiva baseada no patrimônio e na abstração para uma racionalidade que se funda, especialmente, no valor da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.<sup>2</sup>

A perspectiva teórica adotada no presente estudo e que serve também para justificar a escolha do termo *releitura* é a perspectiva do direito civil constitucional. Conceituada por Pietro Perlingieri como a corrente metodológica que defende a permanente releitura do direito civil à luz da Constituição<sup>3</sup>, ganhou corpo na Europa Ocidental com o advento do Estado Social<sup>4</sup> no século XX, em virtude da incompatibilidade entre as codificações civis e a ideologia constitucional.

As codificações civis vigentes nessa época permaneciam amarradas às ideias individualistas e patrimonialistas consagradas com a Revolução Francesa e demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, enquanto as novas Constituições estavam comprometidas com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>5</sup>

O Código Civil francês de 1804 e o Código Civil alemão de 1896 são os maiores exemplos dessa codificação do direito civil<sup>6</sup>, caracterizando-se por consagrarem a neutralidade das normas em relação ao seu conteúdo, a concepção do homem como sujeito abstrato e o Estado como fonte única do direito. Tudo isso

---

<sup>2</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 51.

<sup>3</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 569.

<sup>4</sup> “O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil”. (LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 102, jan./mar. 1999).

<sup>5</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 3.

<sup>6</sup> Orlando Gomes menciona que, embora considerado o Código da burguesia, por ter atendido aos interesses e aspirações dessa classe, em verdade, não pretendia ser uma lei de privilégios. Ao contrário, foi elaborado visando a impessoalidade, para ser aplicado sem distinção de classe e sem limite de tempo. O Código Civil alemão, por sua vez, revela preocupação com a tecnicismo, quer na sua ordenação sistemática, quer na sua terminologia. Estruturado por uma parte geral, composta por preceitos comuns a todo o direito civil, e por uma parte especial, dividida em quatro livros, teve sua técnica adotada em quase todas as codificações, inclusive nas que estavam ligadas ao espírito e soluções do Direito francês e nas que se orientaram por novos princípios, como o Código Civil soviético. (GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 63-64).

com o objetivo de romper com o regime absolutista e com os privilégios de classes, além de eliminar o caráter dispersivo e inseguro do Direito.<sup>7</sup>

São diplomas construídos como sistemas fechados, que se pretendiam impermeáveis à intervenção da realidade e ao poder criador da jurisprudência. Buscavam a completude legislativa através de uma construção conceitual que cobrisse a plenitude dos atos e comportamentos, trazendo soluções às variadas questões da vida civil.<sup>8</sup>

Luiz Edson Fachin explica que essas codificações assentavam sua estrutura em três pilares de base: (i) no trânsito jurídico, calcado na noção de contrato, de obrigações e suas modalidades; (ii) nas titularidades, assentadas nas noções de posse e de apropriação de um modo geral; e (iii) no projeto parental, calcado na noção de família.<sup>9</sup>

Visavam consagrar, portanto, um direito civil apartado do restante do ordenamento jurídico e resguardado das ingerências do poder público. Por assumirem o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas, o direito público não interviria nessa esfera.<sup>10-11</sup>

Em contrapartida, para a perspectiva teórica do direito civil constitucional não existe um direito civil neutro e não histórico. Tomando como pressupostos teóricos fundamentais (i) a natureza normativa da Constituição; (ii) a complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito; e (iii) o desenvolvimento de uma interpretação para fins aplicativos, defende a releitura dos institutos basilares do direito civil à luz dos valores constitucionais.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 4.

<sup>8</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 115-116.

<sup>9</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2012, p. 31.

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 3.

<sup>11</sup> Como explica Maria Celina Bodin de Moraes, "Neste universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos". (MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 22, jul./set. 1993).

<sup>12</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 9.

Esse termo *releitura* não deve ser compreendido estritamente. Além de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias do direito civil, essa perspectiva teórica reconhece que as normas constitucionais podem e devem ser aplicadas *diretamente* às relações privadas.<sup>13-14</sup> E como explica Gustavo Tepedino, a aplicação direta é imprescindível para a preservação da unidade e da complexidade do ordenamento.<sup>15</sup>

Todavia, a escolha pela aplicação direta ou indireta da Constituição não envolve questão da maior importância para a perspectiva teórica do direito civil constitucional.<sup>16</sup> Em verdade, o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações jurídicas estabelecidas entre particulares através da inserção permanente e contínua da tábua axiológica constitucional.<sup>17</sup>

A constitucionalização do direito civil, por vincular os institutos basilares do direito civil à realização dos valores constitucionais, notadamente a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana, resulta necessariamente na publicização, na despatrimonialização e na repersonalização do direito civil.

A publicização se revela na relativização das fronteiras entre o direito público, dedicado a disciplinar os interesses da coletividade e do Estado, e o direito privado, destinado a regular os interesses individuais nas relações privadas.<sup>18</sup> Os princípios e valores constitucionais tornam inaceitável uma rígida contraposição direito público –

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-2.

<sup>14</sup> Nesse sentido, Pietro Perlingieri explica que a aplicação indireta acontecerá sempre que existir na legislador ordinária uma norma específica, cláusulas gerais ou princípios expressos, enquanto que a aplicação direta pode ser definida pela inexistência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 589).

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: Daniel Sarmento; Cláudio Pereira de Souza Neto (Org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 312.

<sup>16</sup> A respeito, Pietro Perlingieri assevera: “O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção nem sempre fácil, mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional respeito às relações pessoais e socioeconômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (ainda que não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Logo, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea para incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores”. (PERLINGIERI, Pietro. op. cit., p. 590).

<sup>17</sup> SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 1-2.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. op. cit., p. 314.

direito privado, pois devem se desdobrar a todas as normas do ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

A respeito, Maria Celina Bodin de Moraes assevera:

No Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.<sup>20</sup>

O abandono da fronteira entre o direito público e o direito privado opera uma espécie de despatrimonialização e repersonalização do direito privado. Em um contexto despatrimonializado não se justifica mais a tutela das situações jurídicas patrimoniais em si mesmas. Pelo contrário, serão merecedoras de tutela apenas quando realizarem os valores constitucionais extrapatrimoniais.<sup>21</sup> De outro lado, em um contexto repersonalizado há uma centralidade da pessoa humana em concreto em detrimento do sujeito de direito abstrato.

Diante da *virada de Copérnico* que se registra, o contrato se transforma de pacto parcelar em obrigação como processo.<sup>22</sup> Ainda, a propriedade, de direito absoluto e singular, revela-se plural e vinculada à sua função social, enquanto a

<sup>19</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 25, jul./set. 1993.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>21</sup> Carmem Lucia Silveira Ramos assevera que “esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça”. (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 16). Nesse sentido, como explica Rose Melo Vencelau Meireles, “a função de um instituto jurídico revela para que serve, ou seja, qual a sua finalidade no ordenamento jurídico no qual está inserido. Já não basta definir o que é, porque o juízo de merecimento de tutela depende da realização da função. Uma vez que a finalidade do instituto jurídico somente pode ser definida relativamente no âmbito de dado ordenamento jurídico, a funcionalização está estritamente ligada aos valores fundamentais que lhe cercam”. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 37).

<sup>22</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 57.



família deixa de lado a artificialidade, apresentando-se como plural e de caráter instrumental, isto é, como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>23</sup>

No Brasil, a constitucionalização do direito civil se revelou e ainda se revela urgente. Revelou-se urgente, pois, ao mesmo tempo que a Constituição Federal de 1988 elege como valores fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, permanecia em vigência o Código Civil de 1916, fruto de uma sociedade agrária e colonialista e inspirado pela ideologia presente nas codificações europeias dos séculos XVIII e XIX.<sup>24</sup>

E ainda se revela urgente, uma vez que esse panorama não foi alterado pelo Código Civil de 2002 que, por ser fruto de um projeto elaborado na década de 1970, nasceu desatualizado e incompatível com os ditames constitucionais em diversas matérias. Não obstante tenha avançado em certas matérias em virtude das diretrizes adotadas (eticidade, socialidade e operabilidade), a ideologia individualista e patrimonialista continua presente.

Portanto, adotando a perspectiva teórica do direito civil constitucional como fio condutor, o presente trabalho se estrutura em quatro capítulos. No primeiro capítulo, para introduzir a temática que envolve o objeto do estudo, iniciaremos analisando as razões que justificam a sucessão por morte, passando pelas suas espécies, para concluir tecendo considerações a respeito do instituto da legítima. Tais assuntos imprescindíveis para compreender como a sucessão por morte se encarna e se desenvolve a partir da concepção atribuída aos institutos basilares do direito civil.

No segundo capítulo, para adentrar na necessidade de releitura do direito das sucessões, destacaremos a estreita relação da sucessão por morte com a

---

<sup>23</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 57.

<sup>24</sup> A respeito, Anderson Schreiber explica que “o conflito de valores entre Código Civil e Constituição tornou-se flagrante em diversos setores do direito privado. No direito de família, por exemplo, a Constituição consagra a igualdade entre homens e mulheres (art. 226, §5º), enquanto nossa codificação civil continuava a apontar o marido como “chefe da sociedade conjugal” (art. 233). Em outros exemplos marcantes, a Constituição reconhece expressamente a união estável (art. 226, §3º) e afirma que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, §6º). Bem ao contrário, o Código Civil de 1916 diferenciava expressamente os filhos “legítimos” dos “ilegítimos” e só reconhecia como família aquela decorrente do vínculo matrimonial, chancelado pelo Estado (arts. 180 e 355). Para além das colisões específicas, todo o Código Civil permanecia ancorado na ampla liberdade de contratar, no livre exercício da propriedade privada, na responsabilidade civil por culpa, enquanto a Constituição de 1988 funda-se no valor social da livre iniciativa, na função social da propriedade, na socialização dos riscos.” (SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 6).

propriedade e a autonomia privada, buscando identificar as incompatibilidades que se revelam no âmbito sucessório quando se compreende esses institutos a partir da perspectiva do direito civil constitucional. Na sequência, concluiremos indicando as temáticas que revelam a estreita relação da sucessão por morte com a família.

No terceiro capítulo, buscaremos averiguar de que forma as transformações sofridas contemporaneamente no conceito de família repercutem no direito das sucessões. Para tanto, iniciaremos analisando comparativamente as principais características da família antes e após o advento da Constituição Federal de 1988. Em seguida, examinaremos as questões envolvendo uma das principais características da família contemporânea, qual seja, a sua concepção plural. Após, concluiremos analisando o descompasso que existe entre direito das sucessões e a família contemporânea.

Por fim, no quarto capítulo, para reforçar a necessidade de releitura do direito das sucessões, notadamente por não ter acompanhado as transformações sofridas pelo instituto da família após a promulgação da Constituição Federal de 1988, analisaremos algumas questões sucessórias que surgem ou são intensificadas a partir dos recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Recursos Extraordinários 898.060/SC, 646.721/RS e 878.694/MG, dotados de repercussão geral.

Ao final, serão trazidos apontamentos conclusivos.

## CAPÍTULO 1

### FUNDAMENTOS DA SUCESSÃO POR MORTE

A sucessão é a continuação de uma relação jurídica em outro sujeito.<sup>25</sup> Em sentido amplo, pode se dar tanto *em vida* como *por morte*. A sucessão em vida deriva de disposição contratual entre as partes interessadas na realização de um negócio jurídico ou por determinação de lei, enquanto a sucessão por morte provém de um fato jurídico. Diz respeito à transmissão de direitos e obrigações, os quais passam do morto para seus sucessores, em virtude da ordem de vocação hereditária da sucessão legal<sup>26</sup> ou por disposição testamentária.<sup>27</sup> Essa sucessão por morte poderá se dar a título universal, resultando na transmissão da totalidade ou de fração ideal do patrimônio ao sucessor, ou a título singular, limitada a coisa ou direito determinado.<sup>28</sup>

A identificação dos fundamentos da sucessão por morte é essencial para o correto entendimento do tema objeto do presente estudo. Nesse sentido, Inocêncio Galvão Telles explica que duas questões se colocam quando se busca compreendê-los. A primeira questão é saber se a sucessão por morte em si se justifica, enquanto a segunda questão é saber a favor de quem se deve produzir e em que termos.<sup>29</sup>

Buscando trazer respostas a essas questões, no presente capítulo, em um primeiro momento, serão analisadas as razões que justificam a existência da sucessão por morte. Em um segundo momento, serão examinadas as espécies de sucessão por morte admitidas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de definir quem são as pessoas que devem ser destinatárias de seus termos. Por fim, em um terceiro momento, será introduzido o problema de identificação do ponto de

---

<sup>25</sup> MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões**: teoria geral e sucessão legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 1.

<sup>26</sup> “A vocação hereditária representa a indicação, de forma abstrata, de pessoas sucessíveis, não a atribuição em si da herança a um sucessor, para a qual, além da previsão legal, há necessidade de conjugação de outros elementos, como a legitimação sucessória, a sobrevivência, ainda que por um instante, do herdeiro indicado e a aceitação da herança. Só com o preenchimento desses requisitos é que se dará a transmissão hereditária.” (CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 152).

<sup>27</sup> AMORIM, Sebastião Luiz. Sucessão testamentária: arts. 1.857 a 1.990. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 19. São Paulo: Atlas, 2003, p. 29.

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.

<sup>29</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 255.

equilíbrio entre essas espécies de sucessão por morte através da utilização do instituto da reserva hereditária.

## 1.1 JUSTIFICATIVA DA SUCESSÃO POR MORTE E A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À HERANÇA

A sucessão por morte, historicamente, tem sido objeto de intensos debates em virtude das questões éticas, filosóficas e jurídicas que a envolvem. Tanto é assim que diversos pensadores, economistas, juristas e filósofos chegaram a pugnar pela sua abolição, ainda que de forma parcial.

Montesquieu mencionava que, embora o direito natural ordenasse aos pais que alimentassem os seus filhos, não os obrigava a fazê-los herdeiros.<sup>30</sup> Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte, Robert Joseph Pothier, Herbert Spencer e Pierre-Guillaume-Frédéric Le Play foram outros que negaram ao direito das sucessões assento no direito natural.<sup>31</sup> Augusto Comte julgava imoral a sucessão em virtude de lei, arguindo que o patrimônio deveria ser revertido à coletividade com o falecimento do titular.<sup>32</sup> Stuart Mill, apesar de defensor da sucessão testamentária e contratual, também era opositor tenaz à sucessão em virtude de lei.<sup>33</sup>

A crítica mais severa à sucessão por morte, todavia, emanou dos socialistas. Por repudiarem a propriedade privada dos bens de produção, entendiam que a sucessão por morte gera desestímulo, pois coloca em mãos afortunadas bens para cuja acumulação não contribuíram, além de proporcionar facilidades que os dispensam de produzir. Defendiam, assim, que não deveria existir outra fonte de aquisição da propriedade que não o próprio trabalho. Para esses pensadores, o patrimônio do morto deveria retornar à coletividade, que lhe dará uma destinação mais adequada e útil aos interesses sociais.<sup>34</sup>

Não obstante, as razões apresentadas por esses pensadores, economistas, juristas e filósofos não lograram êxito em convencer os legisladores dos mais diversos países. Exemplo disso é que a sucessão por morte em relação aos bens de

---

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18.

<sup>31</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.

<sup>32</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 15.

<sup>33</sup> Ibidem. loc. cit.

<sup>34</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 6.

uso e consumo era admitida na União Soviética. Embora tenha sido eliminada do ordenamento jurídico após a Revolução de Outubro de 1917, a abolição não teve continuidade e a sucessão por morte foi readmitida no artigo 416 do Código Civil soviético de 1922 e nas modificações legislativas posteriores.<sup>35</sup>

Em defesa da sucessão por morte, Clóvis Beviláqua assevera que somente quem tem a vista perturbada por algum preconceito não reconhece nela um fator poderoso para o aumento, distribuição e conservação da riqueza pública. Para o jurista, a sucessão por morte contribui também para a consolidação da família e para o estímulo dos altruísticos. Dessa forma, o jurista defende que cumpre aos legisladores regular a sucessão do modo mais consentâneo aos interesses da sociedade, da família e dos indivíduos, sem nunca eliminá-la por completo.<sup>36</sup>

Outra incisiva defesa do direito das sucessões é atribuída por Washington de Barros Monteiro a Luís da Cunha Gonçalves, que elenca razões para demonstrar a inviabilidade da abolição da sucessão por morte como defendida pelos socialistas. O jurista assevera:

a) abolindo a herança, suprime o socialismo um dos mais poderosos estímulos da atividade humana, o desejo de transmitir à prole os meios necessários ao seu conforto e bem-estar; b) a supressão aniquila o espírito de poupança e de capitalização, favorecendo o desperdício e fomentando a prodigalidade. Desaparecerá o interesse pela economia, ninguém mais se preocupará com a acumulação de bens, se obrigado a deixá-los à coletividade após sua morte; c) estanca uma das mais apreciáveis fontes de renda do erário público, a arrecadação do imposto de transmissão *causa mortis*; d) elimina uma das bases da coesão familiar, condenando seus membros ao individualismo, à dispersão de forças e ao egoísmo personalista; e) espolia a família, em proveito da comunidade, esquecidos seus adeptos de que a primeira representa o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social, merecedora, por

<sup>35</sup> “O direito russo até a Revolução de 1917 é vivamente influenciado pelo romanismo, sendo adotados pelos juristas russos as noções, classificações e métodos de trabalho dos franceses. Com a revolução bolchevista o direito das sucessões é suprimido, durante o comunismo de guerra da primeira época. Em verdade, todas as medidas tomadas nos primeiros tempos comprometeram completamente a economia, o que obrigou Lenin a abrir caminho à iniciativa privada, restabelecendo a livre-concorrência e criando medidas de proteção à propriedade privada, mas foram mantidas as expropriações realizadas no curso do primeiro ano. O direito hereditário foi revivido, permitindo-se inicialmente a transmissão de herança, desde que ela não ultrapassasse dez mil rublos-ouro, pertencendo o que excedesse a essa soma ao Estado. Com a Constituição de 1936 o direito sucessório não conhece mais limitações. O Código Civil russo de 1964 disciplina o direito sucessório na Sétima Parte, reconhecendo a sucessão testamentária e a legítima. Na Exposição de Motivos que acompanha o diploma civil está consignado que foi alcançada a vitória total e definitiva do socialismo, tendo início a fase de edificação de uma grande sociedade comunista. Ora, se o direito das sucessões foi mantido, evidente que a teoria socialista, que via na sucessão uma violação dos princípios de justiça e interesse social, foi forçada a respeitar a natureza humana.” (VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Teoria e Prática do Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 4)

<sup>36</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 15-16.

isso, do maior amparo; f) não é verdadeira a afirmativa de que o Estado faça melhor aplicação dos haveres, pois, infelizmente, repetem-se os casos de malversação dos dinheiros públicos; g) finalmente, a abolição da herança, preconizada pelos socialistas pode ser facilmente burlada. Como não existe herança, o indivíduo faz doação em vida aos herdeiros, mediante reserva de usufruto.<sup>37</sup>

Logo, enquanto perdurar o capitalismo como modelo de organização social, político e econômico do Estado, fundado no princípio da livre iniciativa e que admite a propriedade privada dos meios de consumo e produção, a sucessão por morte subsistirá, como consequência necessária.<sup>38-39</sup> Isso porque, caso não fosse admitida, o próprio direito de propriedade se tornaria incompleto, pois o proprietário não passaria de mero *usufrutuário vitalício*.<sup>40</sup>

Nesse sentido é também a lição de Silvio Rodrigues:

O argumento se mostra mais nítido quando se encara a hipótese contrária. Não admitida a transmissão hereditária, falta ao indivíduo incentivo para amedrontar e conservar a riqueza, sendo provável que consagre os últimos anos de sua vida a esbanjar um patrimônio que não pode deixar aos seus entes queridos. Tal comportamento representa prejuízo para a sociedade. Ademais, raramente a lei deixaria de ser burlada, pois, mediante doações, ou liberalidades simuladas em negócios onerosos, o titular do direito tentaria transmitir seu patrimônio a seus herdeiros.<sup>41</sup>

Walter Moraes, por sua vez, aponta que a sucessão por morte é elemento essencial para que não haja crises de segurança jurídica, as quais decorreriam da ruptura injustificada de relações jurídicas com a frustração de legítimas expectativas. Em suas palavras: “não é compatível com a ideia de ordem social e muito menos de

<sup>37</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 6.

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

<sup>39</sup> A respeito, Carlos Pamplona Corte-Real aponta: “Os sistemas sucessórios de base capitalista, de tipo ocidental, são fundamentalmente caracterizados pelos seguintes aspectos: - o direito sucessório surge como uma inerência do reconhecimento da propriedade privada, nomeadamente das funções que se lhe atribuem: de liberdade, uma vez que asseguraria não só a própria realização das motivações de teor material ou espiritual de cada um, dentro de uma concepção marcadamente individualista, como também porque garantiria uma esfera de autonomia pessoal, face sobretudo ao Estado (...). - o direito sucessório estaria ainda conexo com o princípio da livre iniciativa ou da liberdade de acção, próprio de uma forma de economia de mercado, assente numa base concorrencial, e, em particular, com o modo ‘pleno e exclusivo’ que caracterizará o exercício das faculdades de ‘uso, fruição e disposição’, que integram o direito de propriedade, pese embora a função social que legalmente lhe é imposta”. (CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito da família e das sucessões**. v. 2. Lisboa: Lex, 1993, p. 169).

<sup>40</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit., p. 7.

<sup>41</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

ordem jurídica, o ter alguém de deixar, por sua morte, credores frustrados de um lado, devedores absolvidos e bens devolvidos ao abandono de outro”.<sup>42</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, é possível afirmar que tanto as relações jurídicas não podem ficar privadas de um titular que, por influência do *droit de saisine*, o momento de transmissão da herança é o da morte, ainda que presumida nos termos da lei (CC/2002, artigos 6º e 7º). Ou seja, a transmissão da herança, no plano jurídico, ocorre automaticamente e sem formalidade, ainda que, no plano fático, a morte seja desconhecida pelos sucessores da pessoa falecida.<sup>43</sup>

No Brasil, por inovação da Constituição Federal de 1988, o direito à herança é assegurado por determinação constitucional (artigo 5º, inciso XXX). Previsões semelhantes a respeito do direito à herança são vistas, por exemplo, no artigo 62º, 1, da Constituição Portuguesa de 1976 (“a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”) e no artigo 33 da Constituição Espanhola de 1978 (“se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”)<sup>44</sup>.

O direito à herança se apresenta como direito individual que integra o rol dos direitos e garantias fundamentais juntamente com o direito de propriedade (CF/1988, artigo 5º, inciso XXII), e não pode ser excluído nem por emenda constitucional (CF/1988, artigo 60, §4º, inciso IV). A previsão constitucional tem o intuito, não apenas de garantir uma proteção e regulamentação infraconstitucional à herança, mas também evitar que a sucessão por morte seja suprimida do ordenamento jurídico brasileiro. Em virtude disso, a apropriação pelo Estado dos bens da pessoa falecida ocorrerá somente na ausência de sucessores, quando preenchida a hipótese de herança vacante (CC/2002, artigo 1.844).

A respeito, Ana Luiza Maia Nevares afirma que, atrelado ao intuito de evitar a abolição da sucessão por morte, a determinação constitucional impõe ao legislador que o fenômeno sucessório seja disciplinado de acordo com os valores constitucionais.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 8-9.

<sup>43</sup> CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

<sup>44</sup> Tradução livre: “O direito à propriedade privada e à herança é reconhecido”.

<sup>45</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18-19.

Paulo Lôbo vai além e salienta que a garantia do direito à herança no texto constitucional inverte a primazia que predominava no direito das sucessões, pois deixa de ser da pessoa falecida, principalmente quando testador, e passa a ser do herdeiro. Para o jurista, a finalidade do enunciado constitucional é a proteção das pessoas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco, possuindo os demais sucessores proteção restritamente infraconstitucional.<sup>46</sup>

No entanto é preciso ter cautela com a previsão constitucional, pois a Constituição se refere ao direito à herança, não ao direito de suceder. Dessa forma, imperioso não olvidar que, assim como herdeiro não se confunde com sucessor, direito à herança não se confunde com direito de suceder alguém. Enquanto a herança é o conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmitem, a sucessão por morte é o próprio modo de transmissão.<sup>47-48</sup>

Ainda que se cogite que a terminologia adotada pelo constituinte não está rigorosamente expurgada de vacilações, de modo que os vocábulos *herança* e *sucessão* poderiam se apresentar como equivalentes, seguindo a lição de Clóvis Beviláqua ao abordar a terminologia nas fontes romanas, necessário respeitar que, se há distinção de ideias, há distinção entre os vocábulos.<sup>49</sup>

A necessidade da diferenciação é evidenciada quando se observa que no momento anterior à morte existe mera expectativa de suceder, e não direito constituído de suceder. Exemplo disso é a possibilidade de quem poderia ser

---

<sup>46</sup> Exemplo desse posicionamento é evidenciado quando Paulo Lôbo utiliza o direito à herança para justificar a inconstitucionalidade da manutenção da faculdade de deserdação no Código Civil de 2002: “O direito à herança dos herdeiros necessários não pode ficar submetido à decisão discricionária do testador, ainda que limitada ao enquadramento em uma das causas previstas na lei. Note-se que a deserdação atinge os direitos dos herdeiros que são merecedores de proteção legal especial, daí serem denominados necessários, sendo-lhes assegurada a intangibilidade da metade legítima, principalmente em face do testador. (...) O direito à herança surgiu na Constituição para tornar a sucessão legítima prioritária, notadamente a necessária, não podendo ser suplantada pela sucessão testamentária ou desafiada pela vontade do testador.” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41 e 188).

<sup>47</sup> WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 15. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>48</sup> Luiz Paulo Vieira de Carvalho ressalta que estão incluídos na herança, dentre outros, os “bens imóveis (e seus respectivos compromissos de compra e venda e cessões), direitos possessórios, bens móveis, assim como situações jurídico pecuniárias, tais como quantias em dinheiro (incluindo-se moeda estrangeira, conta corrente conjunta, aplicações financeiras (CDB, poupança, ações e quotas em sociedades, títulos do tesouro, etc.), créditos e débitos em geral, inclusive os oriundos de relação decorrente de cargo, emprego ou função e de responsabilidade civil negocial ou extra negocial perante terceiros, bem como os direitos do autor.” (CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 24-26).

<sup>49</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 19.



herdeiro deixar de o ser, por alteração legislativa ou por morte de um provável herdeiro.

Acerca do tema, Paulo Lôbo assevera:

A Constituição não define quem seja herdeiro, o que remete ao legislador infraconstitucional. Mas este está limitado ao fim social da norma constitucional, que é a proteção das pessoas físicas que tenham com o autor da herança relações estreitas de família ou de parentesco. Todos os demais sucessores, inclusive os herdeiros designados pelo testador, têm tutela restritamente infraconstitucional e desde que não afetem a preferência atribuída pela Constituição aos qualificados como herdeiros. Os legatários sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, entes ou entidades não personificadas, são sucessores, mas não são herdeiros.<sup>50</sup>

De todo modo e ainda que relevantes as críticas dirigidas ao direito das sucessões por permitir a *propriedade sem justificativa*, é certo que, em virtude da previsão constitucional do direito à herança, a questão envolvendo a abolição da sucessão por morte está superada no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, como explica Caio Mário da Silva Pereira, restam ao legislador as alternativas de restringir a ordem de vocação hereditária da sucessão legal ou limitar a sucessão por morte através da tributação progressiva.<sup>51</sup>

A questão atinente à configuração da ordem de vocação hereditária será analisada posteriormente. Por outro lado, no tocante à limitação da sucessão por morte através da tributação, Marcos Catalan argumenta que “a elevação das alíquotas vigentes e o estabelecimento de percentuais distintos a serem fixados conforme o montante do patrimônio deixado carrega o problema de destinar ainda mais recursos a um Estado decadente e corrupto”.<sup>52</sup> Não obstante, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que é constitucional a fixação de alíquota progressiva para o ITCMD, em observância ao princípio da igualdade material tributária e da capacidade contributiva.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39-40.

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

<sup>52</sup> CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, Padma, v. 11, n. 44, p. 146, out./dez. 2010.

<sup>53</sup> “Recurso Extraordinário. Constitucional. Tributário. Lei Estadual: progressividade de alíquota de Imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens e direitos. Constitucionalidade. Art. 145, § 1º, da Constituição da República. Princípio da igualdade material tributária. Observância da capacidade contributiva. Recurso Extraordinário provido.” (STF. **RE 562.045/RS**. Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 06/02/2013).

Ante do exposto, é possível afirmar que a sucessão por morte se justifica como consequência do próprio direito de propriedade. No ordenamento jurídico brasileiro o direito à herança é assegurado por determinação constitucional e não poderá ser abolido nem por emenda constitucional, em razão de sua natureza de direito fundamental.

Por esse motivo, no ordenamento jurídico brasileiro, tomando por base o ensinamento de Inocêncio Galvão Telles<sup>54</sup>, a questão que permanece na doutrina e na jurisprudência quando se busca identificar os fundamentos da sucessão por morte se prende a indagações sobre quem são as pessoas que devem ser destinatárias do patrimônio da pessoa falecida. E, para abordar essa questão, é necessária a análise das espécies de sucessão por morte admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO POR MORTE ADMITIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA PESSOA FALECIDA

O direito das sucessões é produto de prolongado embate entre o direito romano e o antigo direito germânico<sup>55</sup>, embora também tenha sido influenciado pelo direito canônico. O direito romano se caracterizava pelo respeito à liberdade de testar, compreensiva de todo o patrimônio do testador, enquanto no antigo direito germânico predominava a concepção da propriedade familiar e de que somente são herdeiros aqueles com vínculo de sangue, pois feitos por Deus.

É certo que o direito romano não pode ser qualificado apenas pela liberdade de testar, assim como o antigo direito germânico não se identifica somente pelo

---

<sup>54</sup> “Ao examinar a matéria que constitui objecto do presente capítulo, o fundamento do direito sucessório, cumpre começar por definir bem o problema que há a atacar, ou melhor os problemas, porque verdadeiramente a matéria se desdobra em dois. (...) A primeira questão que se põe é a de saber se a sucessão em si se justifica; a segunda, quais as pessoas a favor de quem se deve produzir e em que termos. O instituto sucessório tem razão de ser? Suposto que sim, como deve ser organizado em linhas gerais, no que toca aos seus beneficiários e à natureza e intensidade dos respectivos direitos?” (TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 255).

<sup>55</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, citando Emílio Bussi, pontua que “a sucessão *causa mortis* é um dos campos em que foi mais viva – e diremos quase dramática – a luta entre o fator germânico e o romano, eis que os dois partiam de concepções absolutamente opostas, seja da família seja da relação jurídica sucessória” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Herdeiro e legatário: espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 1, n. 4, p. 56, jan./mar. 2000).

predomínio dos herdeiros com vínculo de sangue em virtude da tradição da propriedade familiar. Ambos possuíram fases com regras sucessórias distintas.<sup>56</sup>

No entanto, ante a ausência de pretensão de traçar um esboço histórico, o que por muitos já foi feito<sup>57</sup>, pontua-se apenas que as regras sucessórias dessas matrizes foram se fundindo e se integrando com o decurso do tempo. Como consequência, é no direito romano e no antigo direito germânico que estão, na maior parte, as fontes da sucessão por morte presentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive no brasileiro, embora o decurso dos séculos e os fatores históricos, sociais e econômicos façam com que estes últimos tenham uma fisionomia que em nada se espelhe àqueles.<sup>58</sup>

No Brasil, em virtude dessa influência, adota-se um regime de conciliação entre as espécies de sucessão por morte. Isto é, a sucessão por morte, quanto à fonte<sup>59</sup>, poderá se dar através da sucessão testamentária e/ou por meio da sucessão legítima (CC/2002, artigo 1.786). A sucessão contratual, sobre a própria herança ou sobre a herança de terceiro, apesar de presente em outros ordenamentos jurídicos, não é admitida no direito brasileiro. Nesse sentido, o artigo 426 do Código Civil de 2002 reproduzindo o artigo 1.089 do Código Civil de 1916, prescreve que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> “A sucessão testamentária tal como a temos hoje, é construção oriunda do direito romano. A sucessão legítima sujeitou-se a influências do direito germânico antigo. Mas não tem cabimento a ideia de que a sucessão legítima ou familiar tenha origem ali. Entre os germanos antigos a propriedade pertencia coletivamente à família. (...) Por outro lado, não é exato que o direito hereditário romano foi essencialmente testamentário, índice de um individualismo exacerbado. Seria fixá-lo num único período da vida do direito romano, omitindo o verdadeiro significado da concepção romana de sucessão”. (MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões**: teoria geral e sucessão legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 5-6).

<sup>57</sup> A respeito, cf. Ibidem. loc. cit.; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146-316; e PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015, p. 23-35.

<sup>58</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5.

<sup>59</sup> Além das espécies de sucessão por morte quanto à fonte, existem as espécies de sucessão por morte quanto à destinação dos bens, que poderá se dar a título universal ou a título singular, anteriormente mencionadas.

<sup>60</sup> Segundo Washington de Barros Monteiro, “a lei pátria, em tal questão, mostrou-se fiel à tradição romana; quer se trate de pacto aquisitivo (*de succedendo*), ou renunciativo (*de non succedendo*), impõe-se sua condenação, porque nele se pode lobrigar um *votum captandae mortis*, que fere a sensibilidade e repugna à consciência jurídica nacional. A expressiva denominação que outrora se lhes atribuiu, *pacta corvina*, evidencia a repulsa provocada por semelhante estipulação. Nenhuma distinção se permite entre a própria sucessão e a de outrem. Em ambos os casos, condena-se o pacto. Mas a proibição não tem sido universalmente consagrada, tanto que o direito alemão (BGB, art. 1.941), seguido pelo austríaco, suíço (art. 468) e escandinavo, empresta validade às estipulações relativas à sucessão dos próprios contratantes”. Citando Clóvis Beviláqua, menciona que três exceções se insinuam em nosso ordenamento jurídico: os contratos antenupciais, a partilha em vida e

A respeito, José Luiz Gavião de Almeida ressalta:

Os contratos *causa mortis* proibidos são aqueles em que o evento morte atua como elemento accidental do ato jurídico. Se a morte é essencial à eficácia do contrato, nada impede sua validade. Assim, numa doação, a condição morte que for incluída passa a ser elemento accidental desse negócio jurídico e, por isso, está defesa pelo ordenamento pátrio. No seguro de vida, a morte atua como elemento necessário ao negócio, pelo que esse contrato não é vedado.<sup>61</sup>

A sucessão testamentária resulta de ato de última vontade do falecido. O sucessor é aquele indicado no testamento, que se caracteriza por ser negócio jurídico unilateral e revogável (CC/2002, artigo 1.858), cuja eficácia está submetida a uma condição suspensiva: a morte do testador. Essa espécie de sucessão por morte pode ser a título universal, quando o testador institui herdeiro, ou pode ser a título singular, quando o testador deixa coisa ou quantia certa para alguém (legado).<sup>62</sup>

São admitidas em nosso ordenamento jurídico duas categorias de testamentos: (i) os ordinários, que qualquer pessoa pode fazer (público, cerrado e particular) e (ii) os especiais, que são utilizados apenas em circunstâncias extraordinárias (marítimo, aeronáutico e militar). É proibido o testamento conjuntivo, isto é, o testamento elaborado por duas ou mais pessoas em apenas um instrumento, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo (CC/2002, artigo 1.863), em virtude da aproximação com a sucessão contratual.<sup>63</sup>

---

a doação. (MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 14-15). No Brasil, a vedação legal aos pactos sucessórios não está imune à críticas. Atualmente há quem defenda a necessidade de sua autorização com fundamento na demanda da sociedade de se proporcionar maior autonomia ao autor da herança. (TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 176).

<sup>61</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**: arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 18. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

<sup>62</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 2.

<sup>63</sup> “O testamento conjuntivo é *simultâneo* quando os testadores fazem disposições comuns em favor de terceiro(s), por exemplo, o marido institui herdeiro o seu sobrinho Miro, e a mulher, a sua sobrinha Luíza; é *recíproco* quando cada um dos testadores beneficia o outro, tornando-se, por conseguinte, cada testador herdeiro ou legatário do outro (p. ex., o marido deixa a sua metade disponível para a mulher, e esta deixa a sua meação disponível para o marido). Finalmente, o testamento conjuntivo é *correspectivo* quando, além da reciprocidade, cada testador beneficia o outro na mesma proporção em que este o tiver gratificado, ou às pessoas que tenha cada testador indicado, sendo, nesse caso, mais intensa a interdependência, a ligação psicológica, a relação causal entre as disposições (p. ex., o marido deixa a sua porção disponível à mulher, porque esta deixa, também, sua parte disponível ao marido; o marido institui herdeiros da metade disponível de seus bens irmãos da mulher, em razão de esta, por sua vez, nomear herdeiros da sua porção disponível sobrinhos do marido)”. (VELOSO, Zeno.

O testamento representa, de um ponto de vista substancial, uma forma de afirmação do direito de propriedade e, de um ponto de vista formal, a vontade da pessoa falecida.<sup>64</sup> Orosimbo Nonato aponta que o fundamento da faculdade de testar responde à aspiração do homem de viver além da vida, à sua tendência de sobreviver e à sua solidariedade com o futuro.<sup>65</sup> No mesmo sentido, Zeno Veloso menciona que o testamento, enquanto encerra a voz e o desejo de uma pessoa, paradoxalmente, representa “um sopro vivificador que dá definitividade e eficácia à mensagem que o documento contém”.<sup>66</sup>

Portanto, no âmbito da sucessão testamentária é a autonomia privada do autor da herança e a faculdade que possui para dispor de coisas e direitos próprios que define quem são as pessoas destinatárias da sucessão por morte.

Em contrapartida, a sucessão legal<sup>67</sup>, também denominada sucessão legítima ou *ab intestato*, se dá em observância à ordem de vocação hereditária prevista na lei. Em outras palavras, a lei nomeia os sucessores.<sup>68</sup> Luiz Edson Fachin aponta que a sucessão legal se diferencia da sucessão testamentária, entre outros fatores, por seu caráter cogente:

Enquanto na sucessão testamentária, dentro dos limites legais, apresenta-se fértil espaço para o exercício da autonomia privada, na sucessão legítima a lei define as regras que deverão ser obedecidas para levar a efeito a definição da titularidade sobre a herança.<sup>69</sup>

Ao contrário da sucessão testamentária, a questão atinente ao fundamento da sucessão legal suscita dúvidas na doutrina. No presente estudo, optou-se por sintetizar essas manifestações a partir da identificação de três principais posicionamentos.

---

Direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50-51).

<sup>64</sup> AZZARITI, Francesco Saverio. **Successioni per causa di morte e donazioni**. 3. ed. Padova: CEDAM, 1959, p. 299-300.

<sup>65</sup> NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 23.

<sup>66</sup> VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2. ed. ampl. Belém: CEJUP, 1993, p. 15.

<sup>67</sup> Prefere-se a expressão *sucessão legal* no lugar da comumente utilizada *sucessão legítima* por entender que a sucessão testamentária não é a ilegítima, nem eventuais parentes que por meio dela sucedem.

<sup>68</sup> Exceção à ordem de vocação hereditária da sucessão legal é prevista no inciso XXXI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que reza: “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

<sup>69</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137.

De acordo com a visão mais antiga, a sucessão legal se funda na vontade presumida da pessoa falecida.<sup>70</sup> A respeito, Luís da Cunha Gonçalves explica que, conquanto o fundamento dessa espécie de sucessão por morte seja muito discutido, é aceitável compreender que o legislador estabelece a sucessão pela ordem da provável intensidade das afeições do falecido, “isto é, presumindo, que o falecido, se pudesse ser a tal respeito consultado, graduaria os seus herdeiros pela mesma ordem”.<sup>71</sup>

Embora presente na psicologia popular e defendida por diversos juristas, essa visão também é destinatária de críticas porque fundada em ideias individualistas e voluntaristas e cercada de artificialidade.<sup>72</sup> Nesse sentido, Luigi Carraro pontua que é difícil acreditar que a lei reproduz a vontade presumida da pessoa falecida, porquanto, além de estabelecer disciplina pouco favorável a determinados herdeiros, prevê a possibilidade de vocação do Estado.<sup>73</sup>

Inocência Galvão Telles ressalta que se trata de uma visão em desconformidade com os fatos, pois, embora em muitos casos o interessado procure conhecer o exato conteúdo da sucessão legal antes de se abster de testar, em inúmeros outros, tal cuidado não acontece e a sucessão ocorrerá em observância à ordem de vocação hereditária prevista em lei ainda que não corresponda ao querer da pessoa falecida.<sup>74</sup>

Assim, o jurista explica que a sucessão legal é definida pelo legislador do modo que lhe parece mais justo e conveniente em função dos interesses em causa. Ainda que se inspire nos sentimentos de afetividade mais frequentes nos indivíduos e busque atender às necessidades da família, isso não significa que assente numa vontade presumida concreta da pessoa falecida.<sup>75</sup>

Jacques Flour e Henri Souleau apontam que, embora defensável, na medida em que o parentesco se torna distante, a explicação se torna artificial, assim como a

---

<sup>70</sup> COVIELLO, Leonardo. **Successione legittima e necessaria**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 72.

<sup>71</sup> CUNHA GONÇALVES, Luís da. **Direitos de família e direitos das sucessões**. Lisboa: Ática, 1955, p. 377.

<sup>72</sup> FLOUR, Jacques; SOULEAU, Henri. **Les Successions**. Paris: Armand Colin, 1982, p. 6-7.

<sup>73</sup> CARRARO, Luigi. **La vocazione legittima alla successione**. Padova: Dott. Antonio. Milani, 1979, p. 10-11.

<sup>74</sup> TELLES, Inocência Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 143.

<sup>75</sup> Ibidem. loc. cit.

maior parte das presunções de vontade.<sup>76</sup> Em virtude disso, os juristas defendem que a sucessão legal se funda no dever da pessoa falecida para com a sua família.<sup>77</sup> No mesmo sentido é o entendimento de Leonardo Coviello, cujo pensamento assevera que cabe ao indivíduo prover sua família não somente em vida, mas também depois da morte.<sup>78</sup>

Por fim, de acordo com a visão mais recente e que deve prevalecer na doutrina por estar em consonância com os valores constitucionais, a sucessão legal se funda na solidariedade familiar, identificada por Rolf Madaleno como “princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas”.<sup>79</sup> Tal entendimento defende a transmissão da herança do morto aos demais membros de sua família em virtude da importância desse patrimônio para o desenvolvimento de seus interesses e objetivos.

Não se trata de transmitir a herança à família em virtude da vontade presumida ou de um dever da pessoa falecida, mas sim com fundamento no princípio constitucional da solidariedade familiar. A sucessão legal se apresenta, aqui, como instrumento, não somente para a proteção da família, mas principalmente para a promoção da vida digna dos membros da família do autor da herança.<sup>80</sup>

Portanto, no âmbito da sucessão legal é a família que deve fornecer o critério para a escolha dos herdeiros que integrarão a ordem de vocação hereditária. Ou seja, as regras da sucessão legal devem expressar o modelo de família que a sociedade entende como adequado e justo, não podendo ser resultante de uma

<sup>76</sup> FLOUR, Jacques; SOULEAU, Henri. **Les Successions**. Paris: Armand Colin, 1982, p. 6.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>78</sup> “L'opinione pertanto che merita maggiore accoglienza è quella che fonda la successione legittima nel dovere morale e sociale che verso la famiglia ha l'individuo di provvedere non solo in vita, ma anche per tempo dopo la morte, alle sue esigenze economiche. Da questo non è molto lontano il fondamento da altri addotto di una specie di comproprietà familiare, intesa in senso etico, e non in senso giuridico. Un vero condominio, com'era nell'antico diritto germanico, deve escludersi nel diritto nostro, dove è perfino negato ai figli il diritto a chiedere in vita del padre ogni assegnamento sia per matrimonio che per qualsiasi altra causa”. (COVIELLO, Leonardo. **Successione legittima e necessaria**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1938, p. 74). Tradução livre: “A opinião, portanto, que merece maior aceitação, é aquela que funda a sucessão legítima no dever moral e social que o indivíduo tem, frente à sua família, de atender não apenas em vida, mas também após a morte, às suas exigências econômicas. Disto não é muito distante o fundamento, por outros adotado, de uma espécie de copropriedade familiar, compreendida em sentido ético, e não em sentido jurídico. Um verdadeiro condomínio, como era no antigo direito alemão, deve ser excluído do nosso direito, no qual é negado aos filhos até mesmo o direito de pleitear do pai em vida qualquer contributo, seja para o casamento, seja para qualquer outra causa.”

<sup>79</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 99.

<sup>80</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths; ROBL FILHO, Ilton Norberto. O ensino do Direito Civil: breve ensaio sobre o Direito das Sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 659.

opção arbitrária do legislador.<sup>81</sup> Esse modelo que deve definir quem são as pessoas destinatárias da sucessão por morte.

A partir do exame das características e dos fundamentos da sucessão testamentária e da sucessão legal, é possível afirmar que é justificável que o patrimônio da pessoa falecida seja destinado àqueles a quem o testador deseje, pois a proteção da autonomia privada e a faculdade de dispor de coisas e direitos próprios compõem a base do ordenamento jurídico. No entanto, também é justificável que a herança fique com aqueles que o morto compartilhou laços de recíprocas obrigações e direitos durante a vida, de solidária e constante vinculação pessoal, econômica e moral, isto é, que o patrimônio da pessoa falecida fique com a sua família.<sup>82</sup>

Em consequência da análise das questões que se colocam quando se busca compreender os fundamentos da sucessão por morte, verifica-se que a significação jurídica de propriedade, assim como da autonomia privada e da família, formam o núcleo básico para o entendimento das razões que justificam a sucessão por morte e para definição das pessoas que devem ser destinatárias de seus termos.

A sucessão por morte é consolidada, assim, pela combinação dos pilares fundamentais do direito civil<sup>83</sup> e, por esse motivo, deve refletir as transformações sofridas por esses institutos, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, pois, ainda que o significante permaneça o idêntico, os seus significados assumem traços diferentes de acordo com o momento histórico.<sup>84</sup>

Esta questão será desenvolvida no capítulo seguinte. Antes, porém, necessário abordar, ainda que de forma introdutória, o problema de identificação do ponto de equilíbrio entre as espécies de sucessão por morte.

---

<sup>81</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

<sup>82</sup> MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões**: teoria geral e sucessão legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 9.

<sup>83</sup> ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Curso de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Andes, 1954, p. 16-17.

<sup>84</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 193.



### 1.3 CONCILIAÇÃO ENTRE AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO POR MORTE E A PREVISÃO DO INSTITUTO DA RESERVA HEREDITÁRIA

A conciliação entre a sucessão testamentária e a sucessão legal foi a opção escolhida por inúmeras legislações em virtude da forte influência exercida pelo direito romano e pelo antigo direito germânico no âmbito sucessório.<sup>85</sup> Segundo Arnoldo Wald, essa escolha decorre da tentativa do legislador de atender, ao mesmo tempo, a liberdade do testador proprietário dos bens e os interesses da família.<sup>86</sup> Contudo, a adoção do regime da conciliação não resulta, necessariamente, no equilíbrio entre essas espécies de sucessão por morte.

Diante disso, na maioria dos ordenamentos jurídicos, dentre os quais se inclui o brasileiro, busca-se atingir o equilíbrio entre a sucessão testamentária e a sucessão legal através da reserva de uma parcela da herança a certos herdeiros, denominados necessários. Tal parcela intangível constitui a legítima, que limita, não apenas a liberdade testamentária, mas também as disposições a título gratuito por ato entre vivos realizado em favor de terceiros.

Nesse sentido, o artigo 549 do Código Civil de 2002 prescreve que é nula a doação “quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. Ainda, a doação realizada a herdeiros necessários caracteriza antecipação de legítima, de modo que, no momento da abertura da sucessão, os bens deverão ser colacionados.<sup>87-88</sup>

---

<sup>85</sup> São exemplos a legislação da Itália, França, Portugal, Espanha, Suíça, Argentina, Bolívia e Chile. No entanto, como explica Zeno Veloso, “a legítima hereditária foi construída em conformidade com a concepção específica e as particulares concepções econômicas e sociais imperantes em cada país ou região, e diante dos costumes e práticas que cada povo adotou como opção de regulamentação de seu direito sucessório”. (VELOSO, Zeno. O fim da legítima. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 16, p. 45, jul./ago. 2016).

<sup>86</sup> WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 15. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 261.

<sup>87</sup> Acerca do tema, anote-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 3. Da interpretação conjugada dos arts. 1.176, 1.576 e 1.721 do CC/16 (arts. 549, 1.789 e 1.846 do CC/02), se o testador possuir herdeiros necessários, não poderá deliberar sobre a denominada porção ou quota disponível, correspondente a 50% da herança. Em se tratando de doação, autoriza-se a liberalidade no limite da quota disponível. À doação que exceder essa porção disponível considera-se inoficiosa, sendo absolutamente nula. 4. O ato de disposição patrimonial representado pela renúncia/cessão gratuita da meação em favor da sua ex-mulher equipara-se à doação, considerando-se inoficiosa a parte que exceder a quota disponível. 5. O fato de a renúncia/cessão ter por contrapartida o usufruto vitalício sobre a totalidade dos bens partilháveis não prejudica essa equiparação. Não se pode analisar o ato sob a ótica dos efeitos produzidos na esfera jurídica do renunciante/cedente, mas à luz dos resultados gerados na esfera jurídica dos herdeiros necessários, que são as pessoas efetivamente tuteladas pelos arts. 1.176, 1.576 e 1.721 do CC/16 (arts. 549, 1.789 e 1.846 do CC/02). Nesse aspecto, o fato de o renunciante/cedente permanecer com o usufruto vitalício sobre a totalidade dos

Por restringir a disposição da propriedade e a autonomia privada do autor da herança, a legítima é compreendida, ordinariamente, como um direito de ordem pública.<sup>89</sup>

A respeito da legítima, Jorge Duarte Pinheiro explica que ela tem como fundamento a proteção da família próxima do morto, ainda que contra a sua vontade.<sup>90</sup> No mesmo sentido, Rolf Madaleno diz que a “porção indisponível é intangível à vontade do *de cujus* e narra a história de sua origem, que teria sido instituída no interesse de manter a estabilidade e o equilíbrio familiar, sobre uma porção patrimonial subtraída do capricho do homem”.<sup>91</sup>

Ou seja, a lei intervém para fixar limites e dar direção à vontade da pessoa, visando assegurar, não somente o poder de livre disposição, parte integrante do direito de propriedade e que está no fundamento da sucessão testamentária, mas também a solidariedade familiar, que está no fundamento da sucessão legal.

Destarte, cumpre ao legislador direcionar esses interesses, para que sejam sinérgicos e não colidentes.<sup>92</sup>

No Brasil, a herança se transmite aos herdeiros previstos na ordem de vocação hereditária, na ausência de declaração de vontade da pessoa falecida, quanto aos bens que não forem compreendidos em testamento e quando esse caducar ou for julgado nulo (CC/2002, artigo 1.788). Porém, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança (CC/2002, artigos 1.789 e 1.846), em virtude do instituto da reserva hereditária.

Essa parcela, que pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, deve ser calculada sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão,

---

bens partilhados em nada altera o prejuízo causado aos herdeiros necessários que, de qualquer forma, se verão privados dos bens que deveriam compor a parte indisponível da herança. 6. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ. **REsp 1.217.154/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 15/05/2014).

<sup>88</sup> “Colaço é o dever imposto aos descendentes e ao cônjuge de levarem à herança os valores das doações que receberam do *de cujus*, em vida deste, para que possam compor o valor total da legítima dos herdeiros necessários. Tem por fito a equalização das partes de todos os herdeiros necessários sucessíveis, em relação ao valor da legítima. (...) Os valores das doações são deduzidos da parte que cada um teria a receber, em relação ao montante da legítima.” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85).

<sup>89</sup> Sobre a questão, cf. GRIMALDI, Michel. **Successions**. 2. ed. Paris: Litec, 1992, p. 263 e FERREIRA, Pinto Luís. **Tratado das Heranças e dos Testamentos**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 392.

<sup>90</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 231.

<sup>91</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 116.

<sup>92</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 174.

descontadas as dívidas e as despesas com o funeral, bem como adicionado o valor dos bens sujeitos a colação (CC/2002, artigo 1.847).

Nos termos do artigo 1.845 do Código Civil de 2002, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Note-se que a lei não limita o grau de parentesco na classe dos descendentes ou dos ascendentes e considera igualmente os herdeiros necessários “como legítimos destinatários da metade dos bens deixados pelo falecido, pouco importando a realidade e a proximidade”.<sup>93</sup>

Esses herdeiros, além de necessários, são considerados também herdeiros legítimos, pois constam da ordem de vocação hereditária da sucessão legal. Entretanto, a lei não considera todo herdeiro legítimo como herdeiro necessário, resultando daí a expressão *todo herdeiro necessário é um herdeiro legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é herdeiro necessário*.<sup>94</sup>

Os herdeiros necessários somente poderão ser privados da legítima nos casos de renúncia em instrumento público ou termo judicial (CC/2002, artigo 1.806) ou nos casos de indignidade e deserdação (CC/2002, artigos 1.814, 1.962 e 1.963). Portanto, possuem uma expectativa juridicamente tutelada.

A exclusão por indignidade é imposta pela lei a quem cometeu condutas ofensivas à pessoa, à honra ou aos interesses da pessoa falecida e seus familiares.<sup>95</sup> Trata-se de causa de exclusão que pode se operar independentemente da manifestação de vontade por parte do testador. Embora decorra diretamente da lei, como sanção somente pode ser aplicada mediante decisão judicial, em ação proposta por interessado antes do término do prazo decadencial de quatro anos, contados da abertura da sucessão (CC/2002, artigo 1.815, parágrafo único).<sup>96</sup>

<sup>93</sup> VELOSO, Zeno. O fim da legítima. **Revista IBDFAM**: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 16, p. 55, jul./ago. 2016.

<sup>94</sup> OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23.

<sup>95</sup> Veja-se que essa causa de exclusão se aplica tanto aos herdeiros legítimos, necessários e testamentários como aos legatários. Os excluídos serão aqueles que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; aqueles que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorreram em crime contra sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; e aqueles que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

<sup>96</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-139.

No entanto, o ofendido poderá perdoar o indigno, desde que assim o declare por ato autêntico (escritura pública) ou testamento. Ainda, o indigno poderá suceder no limite da disposição testamentária se, quando da elaboração do testamento, o testador já conhecia a causa de indignidade (CC/2002, artigo 1.818).

Por outro lado, a exclusão por deserdação, conquanto também dependa de decisão judicial, emana de ato voluntário do testador e resulta na privação de herdeiro necessário à legítima.<sup>97</sup> Ao testador incumbe o dever de narrar e detalhar os fatos em que se funda a deserdação para que seja objeto de prova, não bastando a simples afirmação da exclusão em cláusula testamentária.

Segundo Luiz Edson Fachin:

Isso se deve ao fato de que concerne aos demais herdeiros o ônus da prova do alegado pelo testador. Sem narrativa de fatos, não há tema que esteja apto juridicamente a ser provado. Observa-se que não basta mencionar, genericamente, a qualificação jurídica do fato que se supõe que seja capaz a encetar deserdação: o fato não se confunde com a qualificação que recebe no mundo do direito que, por geral e abstrata, pode se referir a um sem-número de fatos. Nesse sentido, conforme leciona Orlando Gomes, nem mesmo é necessário promover a indicação expressa do inciso em que se funda a deserdação, uma vez que o que possui relevância é o fato narrado (...). No testamento é necessário, portanto, narrar o fato supostamente caracterizador da hipótese de deserdação. É esse o *thema probandum* da demanda que pode ser proposta pelo herdeiro que pretende dar eficácia à deserdação. Cabe ao juiz, por conseguinte, a aferição a respeito de sua adequação ou não à qualificação jurídica que ao fato se pretende atribuir.<sup>98</sup>

O direito de provar a deserdação, em juízo e por meio de ação ordinária, extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da abertura do testamento (CC/2002, artigo 1.965, parágrafo único).

Na doutrina e na jurisprudência prevalece o entendimento de que as hipóteses de indignidade e deserdação são taxativas, não podendo o herdeiro ser excluído por outras condutas, por mais graves que sejam, pois o direito brasileiro não admite interpretação extensiva nem analogia diante de restrições de direito.<sup>99-100</sup>

<sup>97</sup> São hipóteses de deserdação todas as causas previstas para indignidade, assim como ofensas físicas; injúria grave; relações ilícitas com madrasta ou padrasto; relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou neto, ou com o marido ou companheira da filha ou neta; desamparo do ascendente em caso de alienação mental ou grave enfermidade; e desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

<sup>98</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138-139.

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 174-175.

<sup>100</sup> Nesse sentido, pontua-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "(...) A indignidade tem como finalidade impedir que aquele que atente contra os princípios basilares de justiça e da moral,

De todo modo, há aqueles que entendem não ser plausível a limitação das hipóteses, pois os institutos da indignidade e da deserdação se baseiam, notadamente, em princípios éticos. Desse modo, defendem que o induzimento ao suicídio ou a ocultação de testamento, por exemplo, também consistem em hipóteses que justificam a exclusão do herdeiro da sucessão.<sup>101</sup>

A observância da afetividade existente entre o herdeiro ou sucessor e o autor da herança também é suscitada por alguns para a fixação das causas de indignidade ou deserdação. Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares advoga:

Deve-se pensar em estender a deserdação por desamparo não só em caso de grave enfermidade ou alienação mental, mas também quando restar caracterizada quebra dos deveres de solidariedade familiar entre os parentes, como o abandono de genitor idoso, de forma a privilegiar decisões do autor da herança quanto ao mérito de seus sucessores.<sup>102-103</sup>

Para efeitos de sucessão, o excluído por indignidade ou deserdação é considerado como se morto fosse, cabendo a seus herdeiros o direito de representação, pois o artigo 1.816 do Código Civil de 2002<sup>104</sup> declara pessoais os efeitos da exclusão.<sup>105</sup> O direito de representação é disciplinado entre os artigos

---

nas hipóteses taxativamente previstas em lei, venha receber determinado acervo patrimonial, circunstâncias não verificadas na espécie. (...).” (STJ. **REsp 1.102.360/RJ**. Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, unânime, julgado em 09/02/2010).

<sup>101</sup> WEISFLOG, Heloísa Cardillo; MOREIRA, Lígia Carolina Costa. O herdeiro aparente, seus atos e responsabilidade. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, p. 107, jul./set. 2015.

<sup>102</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 17, nov./dez. 2016.

<sup>103</sup> Sobre a questão, registra-se que o Projeto de Lei do Senado Federal nº 118/2010, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados com o nº 867/2011, visa alterar as disposições do Código Civil de 2002 acerca dos institutos da indignidade e da deserdação, para: (i) impedir de suceder, por indignidade, aquele que houver abandonado, ou desamparado, econômica ou afetivamente, o autor da sucessão acometido de qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade; (ii) dispensar a declaração por sentença do impedimento por indignidade quando houver anterior pronunciamento judicial, civil ou criminal, que já tenha expressamente reconhecido a prática da conduta indigna; (iii) autorizar a deserdação do herdeiro quando este tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente, tenha sido destituído do poder familiar e não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil; e (iv) reduzir o prazo do direito de demandar a privação da legítima de quatro para dois anos, contados da abertura da sucessão ou do testamento cerrado.

<sup>104</sup> **Art. 1.816.** São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

**Parágrafo único.** O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

<sup>105</sup> Apesar de a regra ter sido instituída para as hipóteses de exclusão por indignidade, por analogia, também é aplicada para as hipóteses de exclusão por deserdação, com base no entendimento que não se pode estender os efeitos da *pena* aos descendentes do herdeiro culpado. (GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244).

1.851 e 1.856 do Código Civil de 2002, sendo mecanismo através do qual se opera a vocação *indireta* na sucessão legal.<sup>106</sup>

Logo, quanto aos herdeiros necessários, em regra, a legítima é intangível, não podendo ser diminuída no valor ou na essência por cláusula testamentária.<sup>107</sup> A exceção da exceção é a faculdade concedida ao testador de gravar os bens da legítima com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, desde que demonstrada a justa causa (CC/2002, artigo 1.848).

A inalienabilidade impede a alienação do patrimônio clausulado, gratuita ou onerosamente. A impenhorabilidade excepciona a regra de que o patrimônio responde pelas dívidas. Por fim, a incomunicabilidade impede que o patrimônio clausulado integre a comunhão de bens estabelecida com o casamento ou com a união estável. O artigo 1.911, *caput*, do Código Civil de 2002 prevê que a cláusula de inalienabilidade implica na incomunicabilidade e na impenhorabilidade. Essas cláusulas restritivas, que podem ser temporárias ou vitalícias, envolvem circunstâncias testamentárias que afetam o direito à legítima em si mesmo.<sup>108</sup>

Destarte, é possível afirmar que, em virtude do instituto da reserva hereditária, nos termos da legislação infraconstitucional, não haverá restrições à liberdade de testar apenas quando o testador não possuir herdeiros necessários, hipótese em que poderá dispor dos bens do modo que lhe aprouver.

Com efeito, verifica-se que o legislador reconhece ao interessado a faculdade de testar somente se não resultar em prejuízo à destinação de uma parcela da herança a certos familiares. Para Inocêncio Galvão Telles, a proteção atribuída pela legítima é razoável, pois somente assim a família estará devidamente resguardada no âmbito sucessório.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> No direito brasileiro, o direito de representação está restrito à sucessão legal, conquanto apresente alguma semelhança com a *substituição* na sucessão testamentária. Trata-se de instituto através do qual “os descendentes de um herdeiro pré-morto (com óbito anterior ao do autor da herança), se outros existirem na classe e grau do falecido, recebem o que aquele teria direito se vivo fosse. A finalidade desta previsão é corrigir a injustiça que poderia se verificar com o falecimento precoce de um descendente, privando os seus filhos e netos da sucessão a que teria direito o falecido se vivesse”. (CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153).

<sup>107</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21.

<sup>108</sup> MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 124.

<sup>109</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 274.

A legítima, todavia, não resulta no equilíbrio imediato entre as espécies de sucessão por morte em qualquer época, sem distinção. Para tanto, é imprescindível que haja uma permanente e constante releitura do instituto à luz das transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas em cada sociedade, o que, no ordenamento jurídico brasileiro, não ocorreu.

Por esses motivos, conquanto amargamente defendida por alguns, a legítima acaba intensamente criticada por outros. Os argumentos a favor e contra o instituto da reserva hereditária serão analisados adiante. O intuito, no presente momento, foi tão somente introduzir a temática para concluir a análise acerca dos fundamentos da sucessão por morte.

## CAPÍTULO 2

### DIREITO DAS SUCESSÕES ENTRE A PROPRIEDADE, A AUTONOMIA PRIVADA E A FAMÍLIA

O direito das sucessões é identificado como o conjunto de normas jurídicas que regulam a sucessão por morte. A sucessão por morte, por sua vez, como demonstrado no capítulo anterior, se encarna e se desenvolve a partir da significação jurídica atribuída ao trinômio propriedade, autonomia privada e família. Consequentemente, o direito das sucessões também encontra os seus fundamentos nesses institutos basilares do direito civil.

Tanto é assim que as regras sucessórias decorrem não somente de questões de ordem patrimonial, mas também de questões de ordem familiar, que comportam diferentes sentidos. Nesse sentido é que Cristiano Pretto afirma que o direito das sucessões é resultado imediato da família e mediato da propriedade.<sup>110</sup>

Com base nessa linha de pensamento, é possível afirmar que o direito das sucessões deve refletir a evolução e as mudanças ocorridas na propriedade, na autonomia privada e na família, isto é, o influxo que as tendências sociais, políticas e econômicas geraram nestes institutos<sup>111</sup>, sob pena de incorrer em inconsistência e, consequentemente, ineficácia.<sup>112</sup>

Trata-se, portanto, de ramo do direito civil dependente dos demais. O direito das sucessões não possui, como o direito das obrigações, uma natureza estruturalmente simples, compacta e homogênea, por exemplo. Também não possui natureza própria, como o direito de família, que tem em sua base a relação jurídica inconfundível que vincula entre si por direitos e deveres recíprocos os membros da família.<sup>113</sup> Apesar de possuir especificidades, que lhe conferem lugar apartado na

---

<sup>110</sup> PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015, p. 21.

<sup>111</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 5.

<sup>112</sup> “Le législateur doit se garder de l'incohérence qu'il y aurait à réaliser telle ou telle réforme en droit de la famille, sur le seul plan personnel, sans en tirer les conséquences sur le plan patrimonial, ou inversement. La contrariété entre la règle personnelle et la règle patrimoniale emporterait l'ineffectivité de l'une ou l'autre, la paralysie de l'une par l'autre.” (GRIMALDI, Michel. **Successions**. 2. ed. Paris: Litec, 1992, p. 9). Tradução livre: “o legislador deve evitar a incoerência que haveria em realizar esta ou aquela reforma no direito de família, unicamente sob o ponto de vista pessoal, sem observar as consequências no plano patrimonial, ou vice-versa. A contrariedade entre a regra pessoal e a regra patrimonial importaria na ineficácia de uma ou de outra, a paralisia de uma por outra.”

<sup>113</sup> MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões**: teoria geral e sucessão legítima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14-15.



codificação civil<sup>114</sup>, não se assenta em relação jurídica com natureza distinta das demais. Pelo contrário, acaba por tratar de todas elas, remetendo a conceitos e categorias, como um composto das outras partes do direito civil.<sup>115</sup>

No Brasil, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a propriedade, a autonomia privada e a família estão na pauta das crises e das transformações, sofrendo uma releitura que os direciona de uma perspectiva baseada no patrimônio e na abstração para uma racionalidade que se funda, especialmente, no valor da dignidade da pessoa humana e na solidariedade social.<sup>116</sup>

Com a finalidade de não se afastar do projeto constitucional, a propriedade é vista não como um direito individual, de caráter absoluto, mas como plural e vinculada à sua função social. As relações contratuais se sujeitam às intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas. Por fim, a família deixou de lado a artificialidade.<sup>117</sup>

Diante disso, para avaliar a necessidade de releitura do direito das sucessões, imperioso identificar a concepção de propriedade, de autonomia privada e, sobretudo, de família que se apresenta nesse ramo, a fim de verificar se essas concepções estão em consonância com aquelas obtidas a partir da análise do direito civil à luz dos valores e normas constitucionais.

Para tanto, no presente capítulo, em um primeiro momento, será analisada a estreita relação do direito das sucessões com a propriedade, para, em um segundo momento, abordar a sua estreita relação com a autonomia privada. Por fim, em um terceiro momento, será brevemente analisada a relação do direito das sucessões com a família para, no capítulo seguinte, buscar identificar se a apreensão de família presente no fenômeno sucessório é compatível ou não com a concepção contemporânea de família.

---

<sup>114</sup> “O que acontece na doutrina corrente é que o direito hereditário tem profundas ligações com o direito de família, por um de seus aspectos, mas, por outro, penetra no âmbito da declaração de vontade, que é matéria da teoria geral de direito ou do direito das obrigações, não faltando vinculação com o direito de propriedade, que é objeto do direito das coisas. Não se deve desprezar sua atinência com os direitos reais e com os direitos de crédito. Essas considerações levaram à conclusão de que o direito das sucessões não se pode anexar a qualquer dos compartimentos admitidos na classificação do direito civil, cumprindo dar-lhe uma posição destacada.” (PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 46).

<sup>115</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978, p. 13-14.

<sup>116</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 51.

<sup>117</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 38.

## 2.1 PROPRIEDADE, SUCESSÃO POR MORTE E OS PRINCÍPIOS DA UNIDADE DA SUCESSÃO E DA IGUALDADE SUCESSÓRIA

A estreita relação do direito das sucessões com a propriedade se revela na necessidade de se evitar uma ruptura injustificada da vida jurídica. Isso porque, em sendo reconhecido o direito de propriedade individual, forçoso que alguém substitua o seu titular quando ele falece.<sup>118</sup> É certo que essa afirmação decorre da própria mentalidade proprietária, contudo, segundo François Terré e Yves Lequette, não torna falsa a concepção de que, para cumprir suas funções na sociedade, a propriedade privada deve ser hereditária.<sup>119</sup>

No direito das sucessões, portanto, não há incidência do ditado *mors omnia solvit* (a morte dissolve tudo), pois as relações jurídicas persistem após o desaparecimento do titular, que é substituído por seus sucessores.<sup>120</sup>

A disciplina jurídica da propriedade privada nasceu do artigo 554 do Código Civil francês de 1804, segundo o qual o direito de propriedade é um direito absoluto, exercido da forma mais irrestrita possível.<sup>121</sup> Esse modelo de propriedade como direito subjetivo, marcado pelo individualismo e pelo patrimonialismo, foi adotado

<sup>118</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 257-258.

<sup>119</sup> “Quiconque demeure attaché à l’individualisme, quels qu’en puissent être les divers courants, est porté à considérer qu’il est de l’essence de la propriété de se transmettre aux héritiers du propriétaire. Telle est bien la mentalité des propriétaires. L’on incline en ce sens à rattacher l’héritage au caractère perpétuel de la propriété et au principe selon lequel celle-ci ne se perd pas par le non-usage. C’est peut-être pousser le raisonnement un peu trop loin, car le caractère perpétuel de la propriété pourrait à la rigueur aller de pair avec une transmission des biens du défunt opérée autrement que par voie d’héritage et réalisée par exemple de manière impérative au profit d’œuvres charitables. Il n’en resta pas moins vrai que, pour remplir dans la société ses fonctions irremplaçables, la propriété privée doit être héréditaire. (...) Si l’héritage apparaît bien comme le prolongement naturel et indispensable de la propriété, l’on doit pourtant constater que la relation entre ces deux données est bien loin d’être absolue. L’on peut devenir propriétaire autrement que par la voie de l’héritage ou cesser de l’être après avoir hérité.” (TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. **Droit civil**: les successions, les libéralités. Paris: Dalloz, 1983, p. 4-5). Tradução livre: “Quem permanece apegado ao individualismo, sejam quais forem as mais diversas correntes, é levado a considerar que é a essência da propriedade que se transmite aos herdeiros. Essa é mentalidade dos proprietários. Nesse sentido, inclina-se a atrelar a herança ao caráter perpétuo da propriedade e ao princípio segundo o qual esta não se perde pela ausência de uso. Isso pode talvez levar o raciocínio um pouco mais adiante, uma vez que o caráter perpétuo da propriedade poderia em rigor andar de mãos dadas com uma forma de transmissão dos bens do defunto diversa da herança, operando, por exemplo, de maneira imperativa em benefício de obras de caridade. Não é menos verdade que, para ocupar na sociedade suas funções insubstituíveis, a propriedade privada deve ser hereditária (...). Se a herança aparece como prolongamento natural e indispensável da propriedade, deve-se notar, porém, que a relação entre esses dois elementos está longe de ser absoluta. É possível se tornar proprietário por via diversa da herança ou deixar de sê-lo depois de ter herdado.”

<sup>120</sup> WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 6. 15. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

<sup>121</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 84.

pelo Código Civil brasileiro de 1916, pois, ao conceber a propriedade como direito absoluto do titular do domínio, confirmou a pretensão de proteger os interesses do proprietário.<sup>122</sup>

A Constituição Federal de 1988 consolidou uma mudança de paradigma em relação a esse modelo patrimonial, tornando a propriedade subordinada à função social (artigos 5º, inciso XXIII, 182, §2º, e 186).<sup>123</sup> Por ser incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, Maria Celina Bodin de Moraes explica que a função social passa a ser compreendida como elemento interno do direito subjetivo, limitando a sua destinação.<sup>124</sup> No mesmo sentido, Paulo Lôbo assevera:

A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos.<sup>125</sup>

Logo, a concepção de que a propriedade deve ser utilizada de forma solidária se torna cada vez mais presente, não encontrando limites apenas em direitos e deveres de vizinhança, por exemplo. A propriedade deixa de ser concebida como algo puramente egoísta, que existe em virtude do mero interesse do proprietário. A ideia de interesse social ingressa no direito de propriedade, estabelecendo que ao direito subjetivo de apropriação também correspondem

<sup>122</sup> Isso é confirmado por Orlando Gomes: “O Código Civil é obra de homens de classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.” (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-31).

<sup>123</sup> Embora as Constituições brasileiras desde 1824 até 1969 também trouxessem previsões a respeito da função social da propriedade, a mudança de paradigma ocorre com Constituição de 1988 por se diferenciar em relação aos textos constitucionais anteriores, que consagravam a propriedade como direito individual inviolável, na linha do artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que prescreve: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização”. (FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 76, n. 621, p. 22, jul. 1987).

<sup>124</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 31, jul./set. 1993.

<sup>125</sup> LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 106, jan./mar. 1999.

deveres, ônus e obrigações. Nessa esteira, o direito de propriedade começa a ser lido também como direito à propriedade<sup>126</sup>.

Em decorrência dessas substanciais alterações, consideráveis também foram as mudanças no ensino jurídico da propriedade. A função social rompe o “discurso proprietário na medida em que, enfrentando a abstração de seu modelo, remete o operador do direito para análise da situação concreta em que se insere cada situação proprietária”.<sup>127</sup>

O Código Civil de 2002, entretanto, acaba reproduzindo no seu artigo 1.228<sup>128</sup>, em certa medida, o modelo de propriedade como direito absoluto, ao recorrer à definição da propriedade como direito de usar, fruir e dispor, bem como de reivindicar.<sup>129</sup> Diante disso, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter estabelecido que o exercício do direito de propriedade está submetido à observância de sua função social e não obstante a interrogação que se apresenta na legislação e na jurisprudência acerca do direito de dispor após o Código Civil de 2002<sup>130</sup>, essa não é a concepção de propriedade que comanda a estrutura do direito das sucessões nos seus traços fundamentais.<sup>131</sup>

Embora o direito das sucessões seja um mecanismo fundamental de transmissão da propriedade, acaba não se preocupando em concretizar o direito de propriedade que atende sua função social.<sup>132</sup> Exemplo disso se verifica na sucessão testamentária, que permanece atrelada ao sistema de direito civil clássico, tratando a propriedade tão somente como forma de garantir a autonomia privada e a liberdade do seu titular.

<sup>126</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 317-318.

<sup>127</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150.

<sup>128</sup> **Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

<sup>129</sup> FACHIN, Luiz Edson. op. cit., p. 84.

<sup>130</sup> A respeito, Luiz Edson Fachin diz: “Quanto à apropriação, o sentido clássico da titularidade perpétua e exclusiva, hoje está sob interrogação. Quando o artigo 1.228 do CCB dispõe que o proprietário tem o direito de dispor, de fruir e de utilizar, a legislação e a jurisprudência posteriores vão dizer que tem o direito de dispor nos limites da lei, sendo que esta, por sua vez, se submete a um outro princípio que gerou uma funcionalização desses direitos. Essa funcionalização, portanto, é uma operação de redução da amplitude dos poderes do titular privado. Quando a Constituição prevê que na ordem econômica um dos princípios básicos é a função social, o legislador constituinte funcionaliza a ordem econômica. E quem funcionaliza, limita, porque lhe dá uma direção, como vem no CCB.” (Ibidem, p. 228-229).

<sup>131</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 265-266.

<sup>132</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths; ROBL FILHO, Ilton Norberto. op. cit., p. 658.

Essa questão se torna ainda mais evidente quando se verifica que, na sucessão legal, em virtude dos princípios da unidade da sucessão e da igualdade sucessória, a natureza e a origem dos bens, assim como as qualidades pessoais dos chamados à sucessão, não são consideradas para a transmissão da herança.

O princípio da unidade da sucessão decorre da identificação da herança como uma universalidade de direito, composta de bens, direitos e obrigações de diferentes espécies. Como explica Orlando Gomes, “as relações constituídas do patrimônio do defunto transmitem-se como um todo orgânico, compreendido ativo e passivo, isto é, direitos, créditos, obrigações, débitos”.<sup>133</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, encontra seus fundamentos legais nos artigos 91 e 1.791 do Código Civil de 2002. O primeiro prescreve que “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”<sup>134</sup>, enquanto o segundo indica que “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”.

Em contrapartida, o princípio da igualdade sucessória decorre de uma concepção abstrata de igualdade em razão da qual o sucessor do mesmo grau passa a receber quota igual da herança, em qualquer circunstância, sem que haja análise sobre as suas qualidades pessoais.

Ou seja, ainda que haja uma pessoa vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança entre os herdeiros legítimos, em decorrência de idade ou deficiência, essas suas qualidades pessoais não serão avaliadas para a transmissão da propriedade. Não se busca a constatação das desigualdades entre os herdeiros na sucessão legal, tampouco se busca mecanismos de compensação para que a todos seja atribuída a mesma possibilidade de direitos, a fim de concretizar a função social da propriedade.

No entanto, conforme lição de Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, a vulnerabilidade é justificativa “para a existência de normas que determinam tratamento desigual entre pessoas a fim de proteger aquela mais frágil”. E nessa esteira, as juristas destacam que “dentre os herdeiros, pode haver pessoas maiores, capazes, com condições laborais, talvez até mesmo com mais posses do que o falecido. Mas, também, podem ser vulneráveis econômicos, tais

---

<sup>133</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 6-7.

<sup>134</sup> Note-se, ademais, que o artigo 80, inciso II, do Código Civil de 2002 dispõe que o direito à sucessão aberta é considerado, para efeitos legais, bem imóvel.

como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência que não possam se sustentar”.<sup>135</sup>

Sobre os princípios da unidade da sucessão e da igualdade sucessória, Ana Luiza Maia Nevares assevera que, apesar da relevância desses princípios num certo momento histórico, notadamente no período revolucionário francês, quando o objetivo era aniquilar os privilégios sociais e alcançar a igualdade abstrata entre os herdeiros (ou seja, com o objetivo de abolição do sistema de primogenitura), a indiferença acerca da natureza e origem dos bens que compõem a herança, assim como sobre as qualidades pessoais dos chamados à sucessão, precisa ser repensada, tendo em vista a tendência de despatrimonialização do direito civil e de concretização da dignidade da pessoa humana.<sup>136</sup>

Nesse sentido, a jurista pontua que, visando retirar a sucessão por morte de uma posição neutra, o artigo 831 do Código Civil francês de 1804 (com redação de 2007) e os artigos 2.380 e 2.381 do Código Civil argentino de 2015 permitem que o cônjuge sobrevivente e determinados herdeiros solicitem a atribuição em sua meação ou quinhão de bens com os quais mantêm vínculos específicos, como o imóvel em que residem ou a empresa em que trabalham, com fundamento no instituto da *atribuição preferencial*.

Ainda, com o intuito de atribuir uma proteção direcionada à pessoa dos herdeiros, o artigo 2.448 do Código Civil argentino de 2015 autoriza ao testador destinar 1/3 da legítima para descendentes ou ascendentes portadores de “alteração funcional permanente ou prolongada, física ou mental, que em relação à sua idade e meio social implica em desvantagens consideráveis de integração familiar, educacional ou laboral.”<sup>137</sup>

Hipótese de exceção aos princípios da unidade da sucessão e da igualdade sucessória que já existiu no ordenamento jurídico brasileiro visando a tutela de herdeiro vulnerável era a hipótese do artigo 1.611, §3º, do Código Civil de 1916, incluído pela Lei nº 10.050/2000<sup>138</sup>. O dispositivo garantia ao filho portador de

<sup>135</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 83, jan./mar. 2017.

<sup>136</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 55 e 62.

<sup>137</sup> Idem. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 15-16, nov./dez. 2016.

<sup>138</sup> **Art. 1.611** - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. (...)

deficiência que o impossibilitasse para o trabalho, na falta do pai ou da mãe, o direito real de habitação quanto ao imóvel que era destinado à residência da família. Tratava-se de dispositivo que conferia direito sucessório em atenção à pessoa do herdeiro que, entretanto, não foi reproduzido no Código Civil de 2002.

Com base no que foi brevemente exposto, é possível afirmar que, no cenário contemporâneo, a emancipação alcançada pela propriedade não foi acompanhada pelo direito das sucessões. Os esforços no sentido de desenvolver um direito das sucessões que efetive os valores constitucionais são ainda insuficientes.

Atrelado à ausência de preocupação em concretizar o direito de propriedade que atende sua função social, o direito das sucessões ignora que a possibilidade de existência de “multiplicidade de domínios no momento da transmissão *mortis causa* do patrimônio, estando todos os bens do *de cujus* sujeitos a uma disciplina única, em que pesem suas diferenciações quanto à natureza”.<sup>139</sup>

Nesse cenário, portanto, o diagnóstico feito por José de Oliveira Ascensão, de ser o direito das sucessões um ramo abandonado do direito civil, embora dirigido ao ordenamento jurídico português, encontra substrato também no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>140</sup> E, conforme se observará, as insuficiências do direito das sucessões são ainda mais claras quando se analisa a sua relação com a autonomia privada e com a família.

## 2.2 AUTONOMIA PRIVADA, SUCESSÃO POR MORTE E AS DIFICULDADES NA PRESERVAÇÃO DA VONTADE DO TESTADOR

A estreita relação do direito das sucessões com a autonomia privada<sup>141</sup> se revela nos atos de última vontade que o envolvem, notadamente no testamento, no

---

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

§ 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

<sup>139</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

<sup>140</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O herdeiro legítimo**. 6 dez. 1996, p. 6. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

<sup>141</sup> Adota-se a expressão *autonomia privada* no sentido de esfera privada de atuação a qual se atribui eficácia jurídica com base na lição de Rose Melo Vencelau Meireles. Para a jurista, “autonomia privada significa auto-regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais. Trata-se de um

codicilo, na doação, na partilha em vida, no fideicomisso e no pacto sucessório. O testamento, todavia, se sobrepõe em relação aos demais em razão de sua importância e extensão.<sup>142</sup>

O Código Civil de 1916 definia o testamento como o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte (artigo 1.626). Como comenta Cristiano Pretto, trata-se de modelo influenciado diretamente pelo Código Civil francês de 1804 e pelo Código Civil alemão de 1896:

O testamento nas Codificações modernas mais influentes (*Code* e BGB) foi concebido como instrumento da autonomia da vontade do testador, entendido como sujeito capaz de ser titular de direitos ou destinatário de obrigações, ligado intimamente ao direito inviolável de propriedade (que era pressuposto objetivo da existência de sucessão testamentária) e a preservação da igualdade entre os herdeiros, através da instituição da legítima.<sup>143</sup>

Essa definição foi mantida pelo Código Civil de 2002 que, por outro lado, diferencia-se do diploma anterior ao prever, expressamente, a respeito da validade das disposições testamentárias extrapatrimoniais, ainda que o testador somente a elas tenha se limitado (artigo 1.857, *caput* e §2º).

Através do testamento, admite-se o reconhecimento de filho havido fora do casamento (artigo 1.609, inciso III), a nomeação de tutor (artigo 1.729, parágrafo único), a instituição de fundação (artigo 62), a disposição, no todo ou em parte, do próprio corpo (artigo 14) e o perdão do indigno (artigo 1.818, *caput* e parágrafo único). O testamento também é compatível com a imposição de obrigações e com a

---

princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas. Importante ressaltar que esse auto-regramento de interesses somente alça juridicidade porque assim reconhecido no mundo jurídico, não simplesmente porque emana da vontade”. (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74).

<sup>142</sup> O codicilo é instrumento jurídico que se tornou obsoleto e atualmente se destina apenas à prescrição de disposições sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal (CC/2002, artigo 1.881). A doação (CC/2002, artigo 544) e a partilha em vida (CC/2002, artigo 2.018), do mesmo modo, são instrumentos jurídicos pouco utilizados em virtude da insegurança com relação à sua estabilidade. O fideicomisso teve sua finalidade limitada pelo artigo 1.952 do Código Civil de 2002, passando a ser apenas um benefício para a prole eventual de pessoas designadas pelos testador. Por fim, o pacto sucessório sequer é admitido no direito brasileiro (CC/2002, artigo 426).

<sup>143</sup> PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015, p. 35.



recomendação a respeito do cumprimento de obrigações do testador<sup>144</sup> e como meio para autorizar a realização de reprodução artificial *post mortem*<sup>145</sup>.

Acerca do tema, Ana Luiza Maia Nevares defende que, embora a redação do artigo 1.857 do Código Civil de 2002<sup>146</sup> revele uma primazia das disposições testamentárias patrimoniais, não se pode ofuscar, com isso, a importância e a problemática das disposições testamentárias não patrimoniais.<sup>147</sup> Por esse motivo, ainda que o testamento se caracterize por ser ato de última vontade essencialmente revogável, questiona-se acerca da revogabilidade das disposições testamentárias não patrimoniais, quando não são, exclusivamente, *mortis causa*. Nesse sentido, o artigo 1.610 do Código Civil de 2002<sup>148</sup> não admite a revogação do reconhecimento de filiação feita em testamento.

Sobre a vedação legal, Zeno Veloso assevera:

O reconhecimento de um filho emana de declaração de vontade, representa uma confissão, possibilita a alguém a revelação e o acesso à sua ascendência genética, conferindo-lhe um estado, a certeza de uma relação paterno-filial, e não seria ético ou jurídico, não seria justo que essa situação fosse modificada ou desfeita por simples arbítrio (ou capricho), porque o declarante mudou de ideia, arrependeu-se do que afirmou, em detrimento do melhor interesse do filho, que precisa ser protegido, e da segurança jurídica, que tem de ser resguardada. Não estou falando, é claro, do reconhecimento obtido por erro, dolo ou coação, que pode ser anulado, mas, no caso, trata-se de impugnação, e não de revogação”.<sup>149</sup>

Além das situações apresentadas, vale consignar que não há qualquer vedação para que o testamento tenha em seu conteúdo disposições relacionadas à atribuição de bens adquiridos no âmbito virtual, disposições relativas ao projeto de

<sup>144</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 188.

<sup>145</sup> Ana Luiza Maia Nevares ressalta que, não obstante alguns autores sustentem que gerar um filho depois do falecimento de um dos genitores a partir de material genético ou embriões congelados é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro com fundamento na exigência da biparentalidade, havendo consentimento expresso do genitor falecido, a reprodução assistida *post mortem* poderá ser realizada, desde que não contrarie a Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina, que trata da impossibilidade de se selecionar o sexo ou características do filho futuro, exceto quando se busque evitar doenças ligadas ao sexo. (NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 277-286).

<sup>146</sup> **Art. 1.857**. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. (...)

**§ 2º** São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

<sup>147</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. op. cit., p. 18.

<sup>148</sup> **Art. 1.610**. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

<sup>149</sup> VELOSO, Zeno. Direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

vida dos sucessores do autor da herança ou disposições visando a transmissão de valores, conselhos e experiências.<sup>150</sup>

E em sendo o testamento um instrumento jurídico para a expressão da autonomia do testador, certamente não pode se revelar como um princípio soberano, sem normas ou limites. Como explica Luigi Ferri, a autonomia privada não prevê uma liberdade absoluta, pois não existe liberdade contra o próprio ordenamento jurídico. Pelo contrário, deve ser exercida dentro dos limites da ordem pública e em consonância com os valores e preceitos constitucionais.<sup>151</sup>

A autonomia privada é construída segundo os valores jurídicos do momento. Não é um conceito absoluto. Dessa forma, as mudanças sofridas por diversos ordenamentos jurídicos com as novas constituições, notadamente com a introdução da dignidade da pessoa humana como paradigma, resultaram em significativa alteração também no conceito de autonomia privada.<sup>152</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, Renata Vilela Multedo anota:

A autonomia privada, entendida como exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana. Dessa forma, seu exercício não pode ser concebido como uma “concessão” ou “atribuição do Estado, mas, sim, como o reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei. Esta, ainda, deve ser entendida em seu sentido amplo, que tem na Constituição da República sua expressão maior. Isso significa reconhecer a instrumentalidade do papel desempenhado pela autonomia privada, condicionando aos ditames constitucionais.<sup>153</sup>

Especificamente acerca da sucessão testamentária, Orlando Gomes assinala que é com o objetivo de garantir a livre e consciente manifestação de vontade do testador, confirmar a veracidade das disposições de última vontade, bem como fornecer aos interessados um título eficaz para obter o reconhecimento de seus direitos, que a lei impõe ao testamento requisitos e formalidades substanciais

<sup>150</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 362.

<sup>151</sup> FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giufrè, n. 11, p. 132-133, 1957.

<sup>152</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98.

<sup>153</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 294.

que, não sendo atendidas, resultarão em sua nulidade total ou parcial.<sup>154</sup> No mesmo sentido, Zeno Veloso, citando Luís da Cunha Gonçalves, explica:

As formalidades do testamento têm tríplice função na formação do ato: *preventiva*, *probatória* e *executiva*. Pela primeira, pretende-se evitar que o testador seja vítima de captações, dolo, fraude, violências; pela segunda, assegura-se a demonstração da última vontade do testador; pela terceira, fornece-se aos herdeiros, legatários e demais interessados um instrumento, quanto possível eficaz, para o exercício dos respectivos direitos.<sup>155</sup>

Esse entendimento também é utilizado para justificar a prevalência da intangibilidade da legítima sobre a autonomia privada na existência de herdeiros necessários, porque, além de reforçar a proteção da propriedade e da família, evita a tirania e o abuso do testador. Sobre o tema, Carlos Pamplona Corte-Real explica que a intangibilidade da legítima tem uma expressão quantitativa e uma expressão qualitativa. Ou seja, o herdeiro necessário tem direito a um *quantum* abstratamente tomado e tem direito ao modo de preenchê-lo, “nomeadamente com os bens da herança que pretenda que lhe caibam em partilha”.<sup>156</sup>

O fato é que, conquanto não se olvide dos riscos de captação e desvio da vontade do testador<sup>157</sup>, as formas e solenidades revelam uma aparente contradição.

<sup>154</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 93.

<sup>155</sup> VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2. ed. ampl. Belém: CEJUP, 1993, p. 35.

<sup>156</sup> CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito da família e das sucessões**. v. 2. Lisboa: Lex, 1993, p. 327.

<sup>157</sup> Acerca do tema, Michel Grimaldi diz: “La volonté testamentaire appelle plus de circonspection, car elle est exposée à de multiples risques de déviance. Elle peut être une volonté *perturbatrice*, qui, non seulement n’a cure de la famille, mais encore y introduit le ferment de la désunion et de la discorde : tout transmettre à l’un de ses fils, n’est-ce pas faire des frères ennemis? Elle peut être une volonté *tyrannique*, un instrument d’abus d’autorité domestique, les libertés les plus jeunes – liberté du mode de vie ou liberté d’opinion – se brisant sur le pouvoir économique des anciens: si la loi di nivôse an II avait tant réduit la quotité disponible, c’était certes dans le souci d’éviter que la liberté testamentaire ne contredît l’organisation désormais égalitaire de la famille ; mais c’était aussi afin de neutraliser les offensives contre-révolutionnaires que des pères réactionnaires étaient suspectés de vouloir mener, à coup d’exhérédations, contre des enfants réceptifs aux idées nouvelles. Elle peut être une volonté *abusée*, par elle-même ou par autrui : l’appréciation des mérites de chacun, d’où procède souvent la faveur testamentaire, est sujette à erreur, spontanée ou provoquée. Elle peut être enfin une volonté folle, égarée, délirante : la contemplation de la mort peut pousser à la déraison”. (GRIMALDI, Michel. **Sucessões**. 2. ed. Paris: Litec, 1992, p. 39-40). Tradução livre: “A vontade testamentária demanda maior circunspeção, uma vez que ela está exposta a múltiplos riscos de desvio. Ela pode ser uma vontade *disruptiva*, que não apenas não cuida da família, como nela ainda introduz o fermento da desunião e da discórdia: transmitir tudo a um dos filhos, não é fazer dos irmãos inimigos? Ela pode ser uma vontade *tirânica*, um instrumento de abuso de autoridade doméstica, as liberdades mais jovens – liberdade do modo de viver ou liberdade de opinião – tolhidas pelo poder econômico dos anciãos: se a lei do ano Nivoso reduziu tanto a cota disponível, foi certamente no intuito de evitar que a liberdade testamentária contrariasse a organização dali em diante igualitária da família; mas tinha também o objetivo de neutralizar as ofensivas contrarrevolucionárias que os pais reacionários poderiam realizar, por meio de deserdações, contra crianças simpáticas aos novos ideais. Ela pode

De um lado, visam preservar a vontade do testador, porém, de outro lado, desconstituem e sacrificam a sua vontade porque não atendeu alguma das formalidades previstas em lei.<sup>158</sup>

Diante disso, é possível afirmar que as restrições que sujeitam a sucessão testamentária nem sempre se justificam no cenário contemporâneo.

Exemplo disso é que, em razão da frequência de demandas buscando a desconstituição de testamentos, o Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões, buscando preservar a vontade do testador, entende que, verificada a capacidade e a livre manifestação do testador, bem como observada a reserva hereditária, a ausência de uma das formalidades previstas em lei não resulta na nulidade do testamento ou de suas cláusulas, por se tratar de medida extrema.<sup>159</sup> Seguindo essa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça também entende que o rompimento de um testamento é medida extrema que se justifica apenas quando revelado que o autor da herança não tinha conhecimento da existência do herdeiro necessário.<sup>160</sup>

Acerca do tema, Ana Luiza Maia Nevares ressalta:

Embora tenha havido, em certa medida, uma revisão da autonomia privada testamentária no Código Civil, esta não absorveu as exigências relativas à tutela integral da pessoa no âmbito da sucessão *mortis causa*. De fato, não foi estabelecido um sistema mais harmonizado aos princípios constitucionais, a partir da redefinição do fundamento e da extensão do testamento, evidenciando o seu perfil funcional, numa tentativa de

---

ser uma vontade *iludida*, por si mesma ou por outrem: a apreciação dos méritos de cada um, o que muitas vezes embasa as cláusulas testamentárias, está sujeita a erro, espontâneo ou provocado. Ela pode ser, enfim, uma vontade maluca, perturbada, delirante: a contemplação da morte pode levar à irracionalidade.”

<sup>158</sup> VELOSO, Zeno. Direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

<sup>159</sup> Dentre outros, destaca-se: “(...) 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária - i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade - a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas - assegurar a higidez da manifestação do de cujus -, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados (...).” (STJ. **REsp 1.677.931/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 22/08/2017).

<sup>160</sup> Nesse sentido, anote-se: “(...) Na busca da preservação da vontade do testador, o rompimento de um testamento, com a sua consequente invalidade geral, é medida extrema que somente é admitida diante da singular revelação de que o testador não tinha conhecimento da existência de descendente sucessível. A prova em sentido contrário - de que o testador sabia da existência do descendente sucessível - mesmo existindo declaração do testador de que não tinha herdeiros necessários, impede a incidência do quanto disposto no art. 1.973 do Código Civil (...).” (STJ. **REsp 1.615.054/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 03/08/2017).

revitalização de sua normativa à luz da análise do merecimento de tutela dos interesses em jogo.<sup>161</sup>

Portanto, a autonomia privada do testador sofre ainda mais restrições no Código Civil de 2002 quando comparado ao sistema previsto no Código Civil de 1916. Tal fato decorre notadamente devido ao aumento do rol de herdeiros necessários, com a inclusão do cônjuge sobrevivente ao lado dos descendentes e ascendentes (artigo 1.845), bem como em virtude da exigência da demonstração de justa causa no estabelecimento de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade sobre os bens da legítima (artigo 1.848).<sup>162</sup>

A justa causa, que não era demandada na codificação anterior, veio para limitar o poder discricionário do testador. Aos herdeiros necessários é atribuída a faculdade de afastar as cláusulas restritivas inseridas sobre os bens da legítima, “provando, por exemplo, que a causa apresentada pelo testador não é procedente ou verdadeira”.<sup>163</sup> Outra hipótese é vista no afastamento das cláusulas quando verificada a presença de situação excepcional de necessidade financeira.<sup>164</sup>

Marcelo Truzzi Otero assevera que, na indicação da justa causa, cumpre ao testador, além de especificar o motivo concreto do estabelecimento da cláusula, observar que cada uma exige uma justificativa específica, ainda que o artigo 1.911 do Código Civil de 2002 prescreva que a cláusula de inalienabilidade implica em impenhorabilidade e incomunicabilidade, pois os fundamentos de cada cláusula não são necessariamente idênticos.<sup>165</sup>

A exigência de indicação da justa causa é criticada por diversos juristas, dentre os quais se destaca Eduardo de Oliveira Leite, porque se trata de conceito

<sup>161</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28.

<sup>162</sup> Por pertinente, destaca-se que a questão envolvendo a previsão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário será desenvolvida posteriormente.

<sup>163</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 521.

<sup>164</sup> Nessa esteira, veja-se: “(...) 1 - Pedido de cancelamento de cláusula de inalienabilidade incidente sobre imóvel recebido pelo recorrente na condição de herdeiro. 2 - Necessidade de interpretação da regra do art. 1576 do CC/16 com ressalvas, devendo ser admitido o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses (...)” (STJ. **REsp 1.422.946/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, maioria, julgado em 25/11/2014).

<sup>165</sup> OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

jurídico indeterminado, que exige um preenchimento valorativo caso a caso.<sup>166</sup> Por outro lado, há juristas que apontam como positivo o fato da expressão *justa causa* ser conceito jurídico indeterminado.<sup>167</sup>

De qualquer modo, é certo que “discutir se a *causa é justa ou não* é objeto de dificuldades em razão da subjetividade e do fato dos sucessores serem naturalmente avessos à sua aplicação”.<sup>168</sup> Atrelado a isso, não existe entendimento consolidado na doutrina ou na jurisprudência se a não observância da exigência de indicação da *justa causa* gera a nulidade ou a ineficácia da disposição testamentária, de modo que existem dúvidas sobre os efeitos da apreciação que será realizada pelo Poder Judiciário.<sup>169</sup>

Além do aumento do rol de herdeiros necessários e da necessidade de demonstração da *justa causa* para a clausulação dos bens da legítima, a incompatibilidade entre as regras sucessórias e os ditames constitucionais também pode ser observada na limitação da liberdade de testar através do instituto da reserva hereditária ainda que os herdeiros necessários sejam maiores, capazes e aptos de promover o próprio sustento.

Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Renata Marques Lima Dantas, essa restrição imposta à sucessão testamentária não se justifica em cenários que não haja uma pessoa vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança entre os herdeiros necessários, em decorrência de idade ou deficiência. Para as juristas, a liberdade de testar “apenas deve ser limitada na medida da realização de uma função social ou para assegurar condições existenciais”.<sup>170</sup>

<sup>166</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Do Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 273.

<sup>167</sup> Nesse sentido, destaca-se o posicionamento justamente de Marcelo Truzzi Otero: “Pensamos, no entanto, que a *justa causa*, como conceito indeterminado, revela-se altamente positiva por traduzir eficiente mecanismo de concretude e integração da norma, de modo a assegurar a possibilidade de o Magistrado confrontar os motivos apontados pelo autor da liberalidade, por vezes declarados há anos e anos, com a realidade jurídica, moral e ética contemporânea à abertura da sucessão.” (OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70).

<sup>168</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 521.

<sup>169</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 461.

<sup>170</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 89-90, jan./mar. 2017

Logo, é razoável afirmar que a sucessão testamentária não está voltada às pessoas envolvidas no fenômeno sucessório, pois centrada em regras técnicas e neutras. O instituto da legítima, nos moldes estabelecidos pelo Código Civil de 2002, não respeita a autonomia privada da pessoa falecida. Como explica Raphael Furtado Carminate:

A autonomia privada, enquanto direito e garantia fundamental, somente pode ser limitada para a realização de algum outro valor igualmente tutelado pela Constituição. Para que a legítima respeite a autonomia privada do autor da herança, ela não pode partir de situações apriorísticas, como uma quota invariável e do puro e simples parentesco, devendo a mesma observar as circunstâncias pessoais do autor da herança e de seus herdeiros necessários. Assim, para que se possa legitimamente restringir a liberdade de dispor, tem de se verificar, no caso concreto, as reais necessidades do parente supostamente protegido pela legítima e, além disso, se de fato havia relação familiar entre autor da herança e herdeiro necessário.<sup>171</sup>

A autonomia privada que se expressa nas disposições testamentárias, por muitas vezes, não reflete a esfera existencial do autor da herança. Os valores consagrados pela Constituição Federal de 1988 acabam não repercutindo no direito das sucessões de modo suficiente a compreender o testamento como um espaço de promoção e desenvolvimento da pessoa e da solidariedade familiar.<sup>172</sup>

Diante do exposto, é possível concluir que as transformações sofridas pela autonomia privada também auxiliam na compreensão de que o direito das sucessões, de fato, sofre de uma “paragem que indicia uma crise”. Ainda que a sua função seja a de servir à continuidade das relações jurídicas, acaba por não significar continuidade, mas sim ruptura. A ausência de adequação da lei à realidade concreta dificulta as soluções mais simples, fazendo com que em torno da herança nasçam dramas familiares e bloqueios ao próprio fluir das relações patrimoniais.<sup>173</sup>

Essa situação é evidenciada pela crescente preocupação da doutrina em estruturar o planejamento sucessório, que “tem por objetivo o exercício prático de uma atividade preventiva com a adoção de procedimentos realizados ainda em vida

<sup>171</sup> CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 2, p. 59, mar./abr. 2014.

<sup>172</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 328-329.

<sup>173</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O herdeiro legítimo**. 6 dez. 1996, p. 6. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

pelo titular da herança com vistas à distribuição e ao destino de seus bens para após a sua morte”.<sup>174</sup>

Nesse sentido, Daniele Chaves Teixeira assevera:

O direito sucessório brasileiro está extremamente engessado, distante das necessidades das famílias contemporâneas e das funções patrimoniais, que devem ser atendidas à luz dos princípios constitucionais, mas que dispõem de poucas alternativas para exercer a própria autonomia. Por isso, o planejamento sucessório é tão necessário na atualidade. Com base na liberdade de testar, é possível buscar instrumentos para a efetivação desejada e corrigir algumas distorções que o sistema jurídico provoca.<sup>175</sup>

Ana Luiza Maia Nevares define o planejamento sucessório “como um conjunto de medidas levadas a cabo com o objetivo de definir a transmissão hereditária de bens e direitos de uma pessoa previamente ao seu falecimento”.<sup>176</sup> A jurista ressalta que, além de servir como instrumento de prevenção tributária<sup>177</sup>, o planejamento sucessório é realizado para “evitar conflitos, permitir que desejos sobre aspectos fundamentais da vida da pessoa sejam manifestados e executados, garantir a continuidade de empresas e negócios, bem como fomentar uma melhor distribuição da herança”.<sup>178</sup>

São indicados pelos juristas como ferramentas para a concretização do planejamento sucessório: testamento, codicilo, fideicomisso, contrato de seguro de vida, usufruto, doação, partilha em vida, conta corrente, previdência privada, holding familiar, truste, fundação e fundos de rendimento.<sup>179</sup>

<sup>174</sup> MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 1, p. 18-19, jan./fev. 2014.

<sup>175</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56-57.

<sup>176</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 12, nov./dez. 2016.

<sup>177</sup> Sobre a temática, salienta-se que atualmente a Resolução nº 9/1992 do Senado Federal estabelece como alíquota máxima para o ITCMD em 8%. No entanto, existe proposta do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ de elevar a alíquota máxima de 8% para 20% (Ofício Consez nº 11/2015). No ofício, restou consignado como justificativa para a proposta de resolução: “A fixação da alíquota máxima de 20% (vinte por cento) para o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação pretende ampliar a prerrogativa dos estados e do Distrito Federal em aumentar a alíquota do imposto, considerando o atual quadro de dificuldades financeiras dos governos subnacionais, e, tendo em conta que uma tributação mais justa e que impacta menos as relações econômicas é aquela que é feita se sobretaxando os contribuintes mais aquinhoados, e portanto sujeitos aos impostos diretos, e não aumentando impostos que afetam a população como um todo, pobres e ricos, como ocorre com os indiretos, prática esta já comum nos países desenvolvidos”.

<sup>178</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. op. cit., loc. cit.

<sup>179</sup> Sobre estas ferramentas, cf. MADALENO, Rolf. op. cit., p. 11-34.



No entanto, conforme se demonstrará, é a partir do estudo da relação entre o direito das sucessões e o instituto da família que a necessidade de releitura da problemática sucessória é evidenciada.

### 2.3 FAMÍLIA, SUCESSÃO POR MORTE E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DA SUCESSÃO LEGAL

A estreita relação do direito das sucessões com a família se revela especialmente no ajustamento da ordem de vocação hereditária da sucessão legal.<sup>180</sup>

No Brasil, a ordem de vocação na sucessão legal sofreu diferentes inclusões, exclusões e preferências de acordo com os valores morais, políticos, religiosos e afetivos presentes na sociedade em cada momento histórico.<sup>181-182</sup> A respeito, Silvio Rodrigues aponta que foram esses valores que determinaram, no passado, por exemplo, a exclusão dos filhos adulterinos da sucessão legal e a preterição dos cônjuges em relação aos colaterais.<sup>183</sup> Esses valores influenciaram diretamente também o rol de herdeiros necessários, beneficiários da reserva hereditária.

Na época de vigência das Ordenações Portuguesas, a ordem de vocação hereditária era composta pelos descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau de consanguinidade, pelo cônjuge sobrevivente e pelo Estado. Com a edição da Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839/1907), o cônjuge foi alçado à terceira posição e os colaterais foram limitados até o sexto grau de consanguinidade. As inovações representaram uma mudança de paradigma em matéria sucessória, pois o cônjuge passou a herdar antes dos colaterais.

Essa ordem foi mantida pelo Código Civil de 1916 (artigo 1.603), que conservou também o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens e várias outras normas de certo sentido conservador. O cônjuge sobrevivente não estava arrolado no rol de herdeiros necessários (artigo

<sup>180</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 27.

<sup>181</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72-73.

<sup>182</sup> A respeito, Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira menciona que a ordem de vocação hereditária, *pedra angular da sucessão legítima*, tem variado tanto no correr dos séculos em virtude dos diversos modos de compreensão e organização da família. (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões**. v. 1. 4. ed. rev. e atual. por Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 169-170).

<sup>183</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

1.721), o que significa dizer que o autor da herança podia afastá-lo da sucessão através da disposição de todos os seus bens em favor de terceiros em testamento.

No entanto, a esse herdeiro facultativo cabia, quando casado no regime da comunhão universal de bens, o direito real de habitação em relação ao único imóvel destinado à residência da família ou, quando casado em regime diverso da comunhão universal de bens, o usufruto vidual (artigo 1.611, §§ 1º e 2º).

Posteriormente, a ordem de vocação hereditária sofreu sucessivas alterações em relação ao grau de consanguinidade dos colaterais chamados a suceder. Inicialmente, os colaterais foram limitados até o segundo grau de consanguinidade (Decreto nº 1.907/1936). Em seguida, entretanto, houve ampliação para o terceiro grau de consanguinidade (Decreto nº 8.207/1945) e, por fim, os colaterais foram limitados até o quarto grau de consanguinidade (Decreto nº 9.641/1946). Com a edição da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), o cônjuge sobrevivente passou a concorrer com os filhos adulterinos.<sup>184</sup>

Essas alterações legislativas buscaram atender às ideias que surgiram em virtude dos acontecimentos políticos, éticos, econômicos e sociológicos ocorridos na primeira metade do século XX. Conforme ensina Arnaldo Wald, verifica-se uma evolução visando limitar o número de colaterais chamados à sucessão, pois a família deixa de abranger os colaterais afastados para se restringir apenas aos pais e seus filhos.<sup>185</sup>

O Código Civil de 2002 adotou a ordem de vocação hereditária vigente até então, composta pelos descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e colaterais até o quarto grau de consanguinidade (artigo 1.829). Pontua-se que o cônjuge somente é reconhecido como herdeiro se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, que a convivência se tornará impossível por culpa exclusiva do falecido (artigo 1.830). Em contrapartida, o Estado é retirado da ordem de vocação hereditária por não ser propriamente herdeiro, já que não lhe é reconhecido

---

<sup>184</sup> Note-se que, até a Lei do Divórcio, a ordem de vocação hereditária estabelecida era composta por etapas que não se interpenetravam e que não admitiam concorrência entre herdeiros de classes diferentes.

<sup>185</sup> WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 15. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

o direito de *saisine*. Em verdade, na ausência de outros sucessores, o Estado adquire os bens por direito próprio.<sup>186</sup>

A codificação inova em comparação ao Código Civil de 1916 ao incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários, ao disciplinar o direito de representação (artigo 1.851), ao regular a sucessão do companheiro sobrevivente de modo específico (artigo 1.790) e ao estabelecer uma coordenação preferencial entre os chamados para suceder. O cônjuge e o companheiro sobreviventes passam a concorrer com os herdeiros das outras ordens sem que, com isso, a ordem de vocação estabelecida pelo legislador seja desvirtuada.<sup>187</sup> Além disso, o artigo 1.834 do Código Civil de 2002 atribui aos descendentes os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

Especificamente quanto ao regime sucessório atribuído ao companheiro, esse é objeto de intensos debates na doutrina e na jurisprudência desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, por ter colocado o companheiro em posição inferior quando comparado ao cônjuge. As inconsistências atribuídas ao artigo 1.790 são inúmeras, notadamente em razão da forma como foi inserido no diploma normativo<sup>188</sup> e porque representa substancial retrocesso se comparado com os direitos sucessórios que eram atribuídos ao companheiro na vigência da legislação anterior.

Esse retrocesso decorre do fato que, após a Constituição Federal de 1988, as Leis nº 8.971/1994<sup>189</sup> e 9.278/1996<sup>190</sup> atribuíram ao companheiro direitos sucessórios “nos mesmos moldes da sucessão do cônjuge no Código Civil de 1916,

<sup>186</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 165-166.

<sup>187</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

<sup>188</sup> “Tais desajustes podem ser creditados ao fato de o Código Civil ter sido concebido na década de 1970 numa visão unitária da família, prevendo apenas o casamento como entidade familiar. Ao longo da tramitação do Código em nossas casas legislativas, não era mais possível descuidar da união estável, em especial após a Constituição da República. No entanto, a inserção da união estável no nosso diploma codificado não foi realizada de forma harmônica, tendo havido claramente uma falta de apreensão real da perspectiva plural das entidades familiares consagrada na Constituição da República e de seus efeitos para o Direito de Família.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, p. 129-130, mai./jun. 2017).

<sup>189</sup> O companheiro foi previsto como herdeiro, tendo garantido direito ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houvesse filhos ou comuns; ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes; ou, na falta de descendentes e de ascendentes, teria direito à totalidade da herança (artigo 2º).

<sup>190</sup> O direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família era garantido ao companheiro, enquanto vivesse ou não constituísse nova união ou casamento (artigo 7º).

salvo quanto à questão de os seus direitos hereditários independerem de suas relações patrimoniais”.<sup>191</sup>

Em contrapartida, com a vigência do Código Civil de 2002, enquanto o cônjuge é herdeiro necessário (artigo 1.845) e sofre limitação à herança apenas em face de determinados regimes de bens ou quando está a concorrer com os descendentes e ascendentes, não concorrendo com os demais parentes sucessíveis (artigo 1.829, incisos I a III), o companheiro é herdeiro facultativo e somente participa da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (artigo 1.790, *caput*). Concorre, não somente com os descendentes e ascendentes, mas também com colaterais até o quarto grau, hipótese que terá direito somente a um terço da herança (artigo 1.790, incisos I a III). Ademais, se existirem bens particulares do autor da herança, ainda que não exista nenhum outro herdeiro, esses bens são destinados ao Poder Público (artigo 1.790, inciso IV).<sup>192</sup>

Atrelado a isso, ao cônjuge é garantido, em qualquer regime de bens, o direito real de habitação em relação ao único imóvel residencial destinado à residência da família, enquanto ao companheiro não (artigo 1.831).

Em defesa da codificação vigente, Miguel Reale aponta que se buscou preservar as contribuições valiosas da codificação anterior, substituindo apenas as disposições que não mais correspondiam aos valores éticos e jurídicos da sociedade, “operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência”<sup>193</sup>.

Todavia, ainda que a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo Código Civil de 2002 enumere como herdeiros os parentes teoricamente mais próximos da pessoa falecida, assim como o cônjuge e o companheiro sobreviventes, numa ordem de preferência em que os mais próximos eliminam os mais remotos,

---

<sup>191</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, p. 128, mai./jun. 2017.

<sup>192</sup> Não obstante o tratamento específico dispensado ao companheiro sobrevivente, no dia 10 de maio de 2017, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 878.694/MG e 646.721/RS, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, devendo ser aplicado o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. A questão será analisada no quarto capítulo.

<sup>193</sup> REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

por ser fruto de um processo de codificação que durou mais de um quarto de século, o distanciamento entre as regras sucessórias e a realidade social persiste.

Nesse aspecto, Euclides de Oliveira assevera:

As profundas alterações na ordem de vocação hereditária, procedidas pelo atual Código, se, de um lado, constituem aperfeiçoamento da legislação anterior, pelo reforço à posição sucessória do cônjuge, de outro ensejam reparos nos aspectos de técnica legislativa, na alocação e na colocação de certos dispositivos, bem como no seu conteúdo, especialmente pela forte e injustificável diferenciação estabelecida entre cônjuge e companheiro, quanto aos respectivos direitos à herança, isoladamente ou em concurso com parentes sucessíveis. O companheiro sequer é mencionado no capítulo próprio, encabeçado pelo art. 1.829 do Código Civil, como integrante da ordem da vocação hereditária, salvo, de passagem, no art. 1844, na referência à falta de herdeiros sucessíveis para justificar a herança vacante.<sup>194</sup>

A inclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário também gerou repercussão na doutrina, encontrando diversos defensores. Contudo, hoje a inovação acaba sendo intensamente criticada por juristas, pois tornou ainda mais rígido o sistema sucessório.<sup>195-196</sup>

Portanto, em virtude do estreito relacionamento entre o instituto da família e o direito das sucessões, notadamente no que se refere ao ajustamento da ordem de vocação hereditária, é possível concluir que direitos reconhecidos no âmbito do direito de família devem se projetar no momento da sucessão por morte.<sup>197</sup> No entanto, conforme se aprofundará no próximo capítulo, as diversas mudanças sofridas pelo instituto da família após a promulgação da Constituição Federal de 1988 não provocaram transformações substanciais no fenômeno sucessório, o qual permanece, em diversos pontos, estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana.

Diversos desvios de rumo são identificados no Código Civil de 2002, tornando impositiva a sua reforma em matéria sucessória. A concepção de família presente no direito das sucessões não corresponde à concepção de família presente na sociedade brasileira a partir de uma releitura à luz do texto constitucional. Os fatos acabam se impondo, mas não encontram respaldo no direito das sucessões,

<sup>194</sup> OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 29, p. 41, abr./mai. 2005.

<sup>195</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73.

<sup>196</sup> Essa questão será adequadamente analisada adiante.

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Euclides de. op. cit., p. 43.

pois os esforços no sentido de desenvolver um direito das sucessões que efetive os ditames constitucionais são ainda insuficientes.

Nesse sentido, Daniele Chaves Teixeira destaca:

O vigente Código Civil brasileiro pouco avançou, na parte do livro do direito das sucessões, pois ainda reflete institutos que não se coadunam com a sociedade contemporânea, com todas as complexidades sociais, porque, em geral, o sistema atual das sucessões não atende aos anseios finais dos indivíduos, detenham eles vastos patrimônios ou não. (...) Consta-se, dessa maneira, que o direito sucessório, dentro do direito civil, é esquecido pela doutrina, e que os legisladores do Código Civil de 2002 perderam uma ótima oportunidade para esclarecer e atualizar institutos do direito sucessório, tornando-o mais coerente com a sociedade contemporânea.<sup>198</sup>

Essas insuficiências, porém, não convalidam o desprezo ou o abandono da problemática sucessória. É imperioso que se proceda a uma séria reformulação do direito das sucessões, para que reflita a emancipação alcançada pelos institutos basilares do direito civil.<sup>199</sup> Conforme sintetiza Renata Vilela Multedo:

O compromisso com a axiologia constitucional é a nova concepção de segurança jurídica. A interpretação dos institutos jurídicos exige coerência, não com o formalismo e com a neutralidade de conceitos, mas com o sistema de regras e princípios fundados em valores culturais e sociais. Os princípios constitucionais devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional, não só pela hierarquia da Constituição no pluralismo de fontes, mas também pela unidade do ordenamento.<sup>200</sup>

A concepção jurídica contemporânea de família exige, portanto, uma releitura do direito das sucessões, a fim de que atenda aos ditames constitucionais e responda às escolhas de fundo da sociedade, sendo o objetivo do presente trabalho, conforme anteriormente exposto, justamente fomentar a discussão sobre a necessidade de releitura do direito das sucessões, de modo a torná-lo mais adequado às mudanças promovidas após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

<sup>198</sup> TEXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 24.

<sup>199</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 43.

<sup>200</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 18.

### CAPÍTULO 3

## A TRANSFORMAÇÃO DA CONCEPÇÃO JURÍDICA DE FAMÍLIA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Segundo lição de Alain Bénabent, a família é uma realidade sociológica, econômica e jurídica. O aspecto sociológico se revela na medida em que a unidade que forma a família existe em todas as sociedades. O aspecto econômico decorre da unidade de produção formada pela família. Por fim, o aspecto jurídico se apresenta no reconhecimento de sua existência e nos muitos efeitos que dela decorrem.<sup>201</sup>

Ao longo do século XX, sobretudo após o advento do Estado social, as transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas na sociedade – notadamente em razão da Revolução Industrial, do aparecimento das grandes concentrações urbanas, da inserção da mulher no processo de produção e da emancipação feminina –, resultaram em profundas alterações na função, na natureza, na composição e, conseqüentemente, na concepção jurídica da família.<sup>202</sup>

Diante destas profundas alterações, não foram poucos os que afirmaram que a família, por ter perdido em extensão e em força econômica e política, passa por notória crise.<sup>203</sup> No entanto, conforme ensinamento de Michelle Perrot, não há

<sup>201</sup> BÉNABENT, Alain. **Droit civil: la famille**. 8. ed. Paris: Litec, 1997, p. 3-4.

<sup>202</sup> LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53.

<sup>203</sup> Nesse sentido, destaca-se José Castan Tobenas: “Se dice con frecuencia que la familia moderna no tiene la fuerza de la familia antigua. Hay que reconocer, en efecto, que la familia ha perdido, en gran medida, la extensión, la cohesión y la estabilidad que la caracterizaron durante la Edad Media. Ha perdido verdaderamente la familia mucha de su antigua extensión, especialmente en la línea colateral, pues la complejidad de la vida moderna dispersa con facilidad a los miembros de la familia. Ha perdido también su carácter económico, pues la antigua producción doméstica – que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar – ha cedido el puesto a la organización industrial. Ha perdido, desde luego, todo carácter político, pues el principio de igualdad civil y política y el individualismo propio del Estado moderno han hecho que no suela ser la familia elemento orgánico del Estado, ni se derive de ella, por lo común, ninguna condición política particular.” (CASTAN TOBENAS, José. **Familia y propiedad: la propiedad familiar en la esfera civil y en la del derecho agrario**. Madrid: Reus, 1956, p. 16-17). Tradução livre: “Diz-se com frequência que a família moderna não tem a mesma força da família antiga. Há que reconhecer, com efeito, que a família perdeu, em grande medida, a extensão, a coesão e a estabilidade que a caracterizavam durante a Idade Média. Perdeu verdadeiramente a família muita de sua antiga extensão, especialmente na linha colateral, pois a complexidade da vida moderna dispersa com facilidade os membros da família. Perdeu também seu caráter econômico, pois a antiga produção doméstica – que fazia da família uma espécie de grupo corporativo que trabalhava e explorava em comum o patrimônio familiar – cedeu o posto para a organização industrial. Perdeu, desde logo, todo caráter político, pois o princípio da igualdade civil e política e o individualismo próprio do Estado Moderno tem feito com que a família não seja um elemento orgânico do Estado, nem se derive dela, geralmente, nenhuma condição política particular.”

uma crise da família em si, mas sim a recusa do modelo excessivamente rígido e normativo herdado do século XIX.<sup>204</sup>

Nessa esteira, para ilustrar as transformações sofridas pela família no século XX, a historiadora francesa cunhou as expressões família como *nó* e *ninho*. A expressão *nó* identifica a família nuclear, heterossexual, monogâmica e patriarcal herdada do século XIX, porque, em não havendo respeito à autonomia dos seus membros, a experiência de vida em família pode se tornar um verdadeiro *nó*. Trata-se de família protegida pelo muro espesso da vida privada que ninguém poderia violar.<sup>205</sup> Por outro lado, a expressão *ninho* identifica a família contemporânea, porque, em havendo cuidado mútuo, respeito à autonomia dos seus membros e diálogo, a experiência de vida em família pode se tornar um *ninho*. A casa se torna um centro de existência, oferecendo, em um mundo duro, abrigo e proteção.<sup>206</sup>

Ou seja, *rejeita-se o nó, não o ninho*, e o que se deseja é a conciliação entre a solidariedade familiar, a autonomia de seus membros e a conservação da fraternidade, da ajuda mútua, dos laços de afeto e do amor.<sup>207</sup>

Portanto, em sendo feita de sucessivas rupturas, a família não tem significação jurídica unívoca ou atemporal. Revela-se como um conceito dotado de historicidade que, ao variar no tempo, reflete as mudanças que confirmam a sua evolução no aspecto jurídico.<sup>208</sup> Isso porque, “os conceitos jurídicos não são rígidos e imutáveis. Ao contrário, são afeitos à realidade jurídica à qual estão vinculados, por sua vez também em contínuo processo de mutação, necessário em um sistema jurídico aberto”.<sup>209</sup>

No Brasil, conquanto seja possível apontar acertos e desacertos ao longo do século XX em matéria legislativa, não há dúvidas que a mudança na compreensão da família teve notável avanço com a Constituição Federal de 1988. Foram as previsões constitucionais que possibilitaram, efetivamente, novas aberturas e outras

<sup>204</sup> PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Reflexões para o futuro. **Veja 25 anos**. São Paulo: Abril, 1993, p. 74.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 76-78.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 80-81.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>208</sup> GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

<sup>209</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 63.



interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da concepção jurídica de família.<sup>210-211</sup>

Destarte, é possível afirmar que a família teve duas fases no ordenamento jurídico brasileiro, uma anterior à Constituição Federal de 1988, a qual denominamos de família moderna, e outra posterior, a qual denominamos de família contemporânea.

No presente capítulo, em continuidade ao capítulo anterior, impositivo identificar se a significação jurídica de família que se apresenta no direito das sucessões está em consonância com àquela obtida da releitura do instituto à luz dos valores e normas constitucionais. Para tanto, em um primeiro momento, serão analisadas as principais características da família moderna e da família contemporânea. Em um segundo momento serão examinadas questões envolvendo característica marcante da concepção contemporânea de família, qual seja, a pluralidade de entidades familiares. Por fim, em um terceiro momento, será analisado o descompasso que existe entre direito das sucessões e a família contemporânea.

### 3.1 FAMÍLIA MODERNA À CONTEMPORÂNEA

A família moderna, incorporada pelo Código Civil de 1916, era aquela exclusivamente calcada no casamento, que representava sua origem e fim. Trata-se de estrutura jurídica adotada em virtude da marcante influência do Código Civil francês de 1804, que tinha forte conotação hierarquizada e patriarcal.<sup>212</sup>

<sup>210</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 269.

<sup>211</sup> Ressalta-se que, conquanto a Constituição de 1934 e os textos constitucionais posteriores tenham tratado expressamente da família como organismo social e jurídico, não resultaram em nenhuma evolução concreta em matéria de família. Em regra, somente especificaram o ato jurídico pelo qual seria constituída. Nesse sentido, anote-se o artigo 144 da Constituição de 1934: “**Art. 144.** A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”

<sup>212</sup> O salto até o século XX, adotando como marco o Código Civil de 1916, justifica-se diante da ausência de interesse em realizar um resgate histórico do surgimento da regulamentação jurídica da família no Brasil, o que demandaria a análise das Ordenações do Reino (conhecidas como Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) e das diversas modificações introduzidas no decorrer do tempo, por meio de legislações esparsas. O intuito, nesse momento, restringe-se em apresentar as principais características da família no Brasil antes da Constituição Federal de 1988, de modo a auxiliar na compreensão da temática central do presente estudo. Por esse motivo, sobre a influência europeia e as origens históricas da família moderna brasileira, cf. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Direitos de Família e das Sucessões**. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991; GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; FREYRE, Gilberto. **Casa Grande &**

Identificada como a união de um homem, sua mulher e seus filhos, a família moderna se confundia com o próprio casamento. Exemplo disso é visto no artigo 229 do Código Civil de 1916, ao prescrever que o casamento cria a família legítima e legitima os filhos comuns nascidos ou concebidos anteriormente. A codificação, portanto, além de não tutelar outras estruturas familiares notoriamente existentes na sociedade brasileira<sup>213</sup>, atribuía a estas formações tom ilícito e imoral.<sup>214</sup>

Ao marido incumbia o título de chefe da sociedade conjugal e de representante da família, enquanto à esposa cabia colaborar e auxiliar. A mulher casada constava no rol de relativamente incapazes (artigo 6º, inciso II) e dependia do marido para aceitar e renunciar herança ou legado (artigo 242, inciso IV), para litigar em juízo civil (artigo 242, inciso VI), para poder exercer uma profissão (artigo 242, inciso VII), dentre diversas outras situações.

Essa família, que se tornava legítima com a oficialização do Estado e se caracterizava por ser heterossexual, na redação original do Código Civil de 1916, era também indissolúvel, só desaparecendo com a morte de um dos cônjuges ou no caso de sentença anulatória ou declaratória de nulidade do casamento. A proteção oferecida pelo diploma ao vínculo conjugal era tamanha que o artigo 222 do Código Civil de 1916 previa a nomeação de curador para defender o casamento quando do aforamento de ação visando a declaração de nulidade.<sup>215</sup>

---

**senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961; e FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>213</sup> Nesse sentido, Carmem Lucia Silveira Ramos assevera que a convivência sem casamento sempre foi uma constante em nossa sociedade: “a família não matrimonializada, que no âmbito sociológico manifestou-se desde sempre, manteve-se no direito brasileiro como uma hipótese paralela, marginal à família fundada no casamento consagrada pelo sistema estabelecido no Código Civil. (...) A inexistência do reconhecimento destas relações pelo sistema jurídico (e a sua própria recusa de assim o fazer) provocou, no entanto, durante muitas décadas do século XX, um descompasso significativo entre a realidade brasileira (direito vivido) e as previsões contidas na codificação civil em matéria de família (direito interposto). Esse descompasso prolongou-se pelo longo caminho percorrido na operacionalização do direito, até que esta comunhão de vida de casais não unidos pelo casamento adquirisse dignidade jurídica”. (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento:** de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 45-46).

<sup>214</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 38.

<sup>215</sup> Acerca do dispositivo, Gustavo Tepedino assevera: “de sua leitura vê-se que o legislador, não satisfeito em submeter ao vagaroso rito ordinário a declaração de nulidade de um casamento realizado com altíssimo grau de ofensa à ordem pública, violador de impedimento dirimente público, exige ainda a nomeação de um curador para defendê-lo!” (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família:** problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 51-52).

A paternidade, em virtude da presunção *pater is est*, vinculava-se muito mais ao casamento do que à própria ascendência biológica e a proteção ao patrimônio familiar justificava a divisão dos filhos em classes.<sup>216</sup> Aqueles nascidos na constância do casamento eram legítimos e os concebidos ou nascidos antes do casamento eram legitimados.<sup>217</sup> De outro lado, os filhos havidos fora do casamento eram discriminados e não poderiam ser legitimados. Como explica Caio Mario da Silva Pereira:

Os ilegítimos ainda se distinguiam em: ilegítimos ou naturais, pura e simplesmente, quando ao tempo de sua concepção inexistia impedimento para que os pais se casassem: são os gerados *ex soluto et soluta*; adulterinos, os nascidos de pais que na época da concepção eram impedidos de se unirem em matrimônio, por serem ambos, ou um deles, já casados. Podem, pois, ser bilateralmente adulterinos, ou unilateralmente apenas, e, por existir o vínculo só da parte do pai, ou mãe, dizem-se adulterinos a patre ou a matre; incestuosos, aqueles cujos pais são vinculados por consanguinidade, em grau que impeça seu casamento.<sup>218</sup>

Além dos legítimos, legitimados e ilegítimos, havia também os adotivos, ou seja, aqueles que, em virtude de lei, são identificados como filhos de pessoas que não são seus genitores.<sup>219</sup>

Nesse cenário, portanto, conforme ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes, a família se apresentava triplamente desigual, pois o homem tem mais valor que a mulher, os pais maior importância que os filhos e os heterossexuais mais direitos que os homossexuais. Não havia qualquer possibilidade de democratização das relações familiares, pois a sua configuração impedia a criação de circunstâncias que permitissem aos integrantes da família desenvolverem suas potencialidades e expressarem suas qualidades.<sup>220</sup>

<sup>216</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 152.

<sup>217</sup> Note-se que, especificamente quanto aos legítimos, há “incidência da presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, com a atribuição automática, aos filhos nascidos na constância do casamento, da condição de filho do marido de sua mãe, observados os limites legais. Em tal contexto, as figuras do pai e do genitor eram expressões consideradas sinônimas, pois não podiam ser dissociadas por força de lei e os conceitos de filiação jurídica e biológica se equiparavam”. (CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37).

<sup>218</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 7. ed. rev. e atual. por Heloisa Helena Barboza e Lucia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 2.

<sup>219</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>220</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 616.

Como instituição dotada de forte conteúdo patrimonial e cercada de mecanismos jurídicos que privilegiavam a sua conservação, a família era colocada em primeiro plano, enquanto os seus integrantes viviam para a sua manutenção e fortalecimento.<sup>221</sup> Acerca do forte conteúdo patrimonial, Paulo Lôbo lembra que, dos 290 artigos do Código Civil de 1916 destinados à matéria de família, 151 tratavam de relações patrimoniais, enquanto apenas 139 abordavam sobre relações pessoais.<sup>222</sup>

O objetivo desse caráter transpessoal era a preservação da *paz doméstica*, característica que explica a hostilidade do legislador contra interferências externas na estrutura familiar, bem como a demasiada proteção ao matrimônio e à coesão familiar, com a valorização do marido em detrimento da esposa e dos filhos.<sup>223</sup> Dessa forma, é possível afirmar que era ausente qualquer conteúdo ético ou humanista entre os familiares.

Ainda, segundo Orlando Gomes, por influência do *privatismo doméstico*, a família moderna incorporava princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico.<sup>224</sup> Para o jurista, o Código Civil de 1916:

refletia, ao tempo de sua elaboração, a imagem da família patriarcal entronizada num país essencialmente agrícola, com insignificantes deformações provenientes das disparidades da estratificação social. Sob permanente vigilância da Igreja, estendida às mais íntimas relações conjugais e ao comportamento religioso, funcionava como um grupo altamente hierarquizado, no qual o chefe exercia os seus poderes sem qualquer objeção ou resistência, a tal extremo que se chegou a descrevê-la como a um agregado social constituído por um marido déspota, uma mulher submissa e filhos aterrados.<sup>225</sup>

A família moderna tinha, assim, um fim em si mesma. E embora esse modelo carregado de rigidez e com pretensão de completude fosse insuficiente em face da realidade social, as normas trazidas pela codificação civil de 1916 resistiram por décadas, pois os valores patrimoniais que as inspiravam serviram como um

<sup>221</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 8.

<sup>222</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

<sup>223</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 49.

<sup>224</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

<sup>225</sup> Idem. **O novo direito de família**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984, p. 65.

escudo às transformações que ocorreram na sociedade. Com efeito, esse sistema centrado em categorias e abstrações era *terreno fértil para debate estéril*.<sup>226</sup>

Sem embargo, de forma lenta e gradual, esse modelo começou a ser discretamente suplantado pela força normativa dos fatos, que passam a moldar a família contemporânea.<sup>227</sup> “Os valores que informaram a elaboração do Código Civil de 1916, com a legitimidade da família e dos filhos fundada no casamento, vão dando lugar a uma nova dimensão, em que surgem como elemento de maior relevo a igualdade e o afeto”.<sup>228</sup>

Em matéria legislativa, entre acertos e desacertos, a construção foi direcionada pela doutrina e pela jurisprudência, que defendiam e ofereciam efeitos jurídicos à realidade que extrapolava o modelo trazido pelo Código Civil de 1916. Exemplo disso é o entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado nas súmulas nº 35 de 1963 (“Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”) e nº 380 de 1964 (“Comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”).

Diante do exposto, são marcos históricos dessa lenta e gradual evolução o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977).<sup>229</sup>

O Estatuto da Mulher Casada iniciou um processo de democratização da sociedade conjugal. Ainda que dotado de certo conservadorismo, representa um marco na evolução dos direitos da mulher no casamento porque lhe atribuiu plena capacidade e eliminou diversas desigualdades impostas pelo Código Civil de 1916.

<sup>226</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 315-317.

<sup>227</sup> De acordo com Carmem Lucia Silveira Ramos, “o direito é invadido pelos fatos, pela realidade das ruas, que o obriga a reformular-se, reconhecendo a existência de espaços por ele não abrangidos, ainda que buscando garantir sua própria sobrevivência e preservar os parâmetros em que se encontra organizado, tentando evitar uma fratura entre as duas esferas (direito posto e direito vivido)”. (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 30).

<sup>228</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 153.

<sup>229</sup> Além desses marcos históricos, destaca-se a Lei nº 883/1949, que permitiu o reconhecimento voluntário dos filhos ilegítimos quando dissolvida a sociedade conjugal. Ao filho reconhecido foi garantido, a título de amparo social, direito à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado. Com a edição da Lei do Divórcio, o reconhecimento passou a ser permitido também quando o pai já estivesse separado de fato há mais de cinco anos ou por testamento cerrado.

Por exemplo, atribuiu à mulher o papel de colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal e nos encargos da família. Permitiu à mulher, sem a autorização do marido, o livre exercício de profissão, litigar em juízo e aceitar mandato. Além disso, assegurou o direito ao patrimônio constituído a partir do produto do seu trabalho, o que se denominou de *bem reservado*, bem como atribuiu à mulher casada o pátrio poder dos filhos havidos antes do matrimônio e a guarda dos filhos, ainda que tenha sido considerada culpada no desquite judicial.

Por sua vez, a Lei do Divórcio, regulando a Emenda Constitucional nº 9/1977, rompe o sistema estabelecido pelo Código Civil de 1916 em matéria de família, pois deixa de ter como um de seus fundamentos a indissolubilidade do matrimônio ao garantir a liberdade das pessoas se divorciarem sem que haja a intervenção de quem quer que seja na sua esfera íntima.<sup>230</sup>

Nos termos da Lei do Divórcio, eram necessários cinco anos consecutivos da ruptura da vida em comum para o pedido de separação judicial e três anos de separação judicial para sua conversão em divórcio. O regime da comunhão parcial de bens passou a ser o regime atribuído no silêncio das partes, enquanto o regime da comunhão universal de bens passou a ser convencional, exigindo pacto antenupcial. Os filhos nascidos de casamento nulo não putativo passam a ser considerados filhos legítimos.

A Lei do Divórcio trouxe inovações também em matéria de sucessão, ao reconhecer o direito à herança em igualdade de condições aos filhos, qualquer que seja a natureza da filiação. Ainda, no caso de falecimento do devedor e dentro das forças da herança, a obrigação de pagar alimentos entre cônjuges foi transmitida aos herdeiros.

O Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio são vistos como importantes marcos históricos porque permitiram um repensar dos conceitos

---

<sup>230</sup> Ainda que desde 1942 fosse possível o fim da sociedade conjugal pelo desquite, também chamado de separação de corpos e de bens ou separação judicial e que tinha como consequência cessar e extinguir todos os deveres oriundos do casamento que recaiam sobre os cônjuges, foi somente com a Emenda Constitucional nº 9/1977 e com a Lei do Divórcio que o casamento realmente deixou de ser indissolúvel. Nesse aspecto, Rosana Amara Girardi Fachin explica que “a separação judicial, que significava apenas a dissolução da sociedade conjugal, nunca atendeu aos anseios sociais; embora pudesse ser decretada por consenso do casal ou litigiosamente, não satisfazia plenamente, uma vez que as pessoas ficavam vinculadas legalmente, impedidas de constituírem novos vínculos conjugais. Por isso, o divórcio veio para pôr fim ao vínculo matrimonial, e proporcionou liberdade de escolha, permitindo às pessoas o direito de constituírem ou não novas famílias.” (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 79).

estabelecidos no Código Civil de 1916. A partir desse momento, o papel econômico e procriacional da família passa a perder importância “para dar lugar a uma comunhão de interesses e de vida, em que laços de afeto marcam a estabilidade da família”.<sup>231</sup> Nesse sentido, Orlando Gomes, citando Levy Bruhl, explica:

O traço dominante da evolução da família é sua tendência a se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado, que, cada vez mais, se funda na afeição mútua. Essa tendência ganha força no impulso para tornar o casamento uma sociedade igualitária, na qual marido e mulher, com os mesmos direitos e deveres, ocupem a posição de completa paridade. O movimento tende a organizar a sociedade conjugal em moldes que excluam decididamente os resíduos do resistente preconceito da superioridade masculina. A emancipação da mulher concorreu para a modificação da vida matrimonial, elevando-a, efetivamente, à condição de companheira, consorte e colaboradora do marido. O poder marital, expressão e símbolo desse preconceito, sobrevive sob formas atenuadas, está envolvido nos costumes e vai desaparecendo das leis.<sup>232</sup>

Um novo modelo de família começa a surgir, sem que, com isso, seja sacrificada a coesão e o papel da família. Em verdade, esse novo modelo se harmoniza com o estilo de vida e com os sentimentos dominantes na sociedade contemporânea, “que, realmente, não comportam uma família patriarcal e autoritária em cuja imagem, embora abrandada, se inspirou o codificador de 1916”.<sup>233</sup>

A Constituição Federal de 1988 consolidou a ruptura com a família moderna que, em seu modelo contemporâneo, deixa de ter como fundamento a conjugalidade e passa a ter como fundamentos a garantia do estado de filiação – seja a fonte da parentalidade presumida, biológica ou afetiva – e a prevalência do afeto.<sup>234</sup> A regulamentação legal da família, antes voltada à máxima proteção da *paz doméstica* e à proteção da instituição valorada em si mesma, passa a ver a comunidade familiar como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>235</sup>

<sup>231</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

<sup>232</sup> GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984, p. 8-9.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>234</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 621.

<sup>235</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a estreita relação entre a família e a dignidade da pessoa humana se apresenta em virtude da primeira ser solo apropriado para o enraizamento e pleno desenvolvimento da segunda.<sup>236</sup>

A união estável entre homem e mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes são reconhecidas, ao lado do casamento, como entidades familiares (artigo 226, §§ 3º e 4º). As entidades familiares são identificadas como organismos sociais que, uma vez constituídos, dão origem à família, protegida especialmente pelo Estado.<sup>237</sup> A união estável veio a substituir o concubinato, enquanto a família monoparental poderá surgir tanto de circunstâncias alheias à vontade humana (por exemplo, nos casos de morte), como da vontade unilateral da pessoa de assumir sozinha a paternidade ou a maternidade de seu filho.<sup>238</sup>

O casamento deixa de ser requisito para a constituição da família, que é colocada como base de uma que se define como democrática, que “nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada”.<sup>239</sup>

O texto constitucional estabelece, ainda, a igualdade do homem e da mulher no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (artigo 226, §5º), sendo que essa igualdade se funda, não somente em uma ideia de respeito à diferença, mas também na busca de igualdade através da lei.<sup>240</sup> Aqui, não há que se falar mais em chefe da sociedade conjugal.

Com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é garantido como condição básica para a realização da função instrumental da família, sendo vedada qualquer forma

<sup>236</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Família não-fundada no casamento**. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões*. v. 1. Revista dos Tribunais, 2011, p. 7. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75841539/v1/document/75938459/anchor/a-75938459>>. Acesso em: 30 out. 2017.

<sup>237</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 137.

<sup>238</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 14.

<sup>239</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 619.

<sup>240</sup> FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de família e casamento: arts. 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaga de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003, p. 27-28.



coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (artigo 226, §7º). Há, assim, liberdade de constituir, manter e extinguir a estrutura familiar.<sup>241-242</sup>

O casamento civil passa a ser dissolvido após prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos. Aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, são concedidos os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, §6º).

Ou seja, deixa de ser admitida a distinção entre filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva e adulterina, tal como era indispensável na família moderna.<sup>243</sup> A paternidade socioafetiva, “definida como o vínculo de parentesco civil entre pessoas que não possuem entre si um vínculo biológico, mas que vivem como se parentes fossem, em decorrência do forte vínculo afetivo existente entre elas”<sup>244</sup>, passa a ter proteção constitucional.

Além disso, assim como aos pais é atribuído o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, aos filhos maiores é imposto o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, na carência ou na enfermidade (artigo 229), com fundamento na ideia de solidariedade familiar.

Logo, a Constituição Federal de 1988, visando suprimir o descompasso existente entre a realidade e as previsões contidas na legislação infraconstitucional em matéria de família, passa a reconhecer e tutelar as aspirações e as necessidades dos membros da comunidade familiar. A igualdade, a liberdade individual, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana se apresentam como elementos essenciais à família contemporânea, notadamente por possibilitarem a consolidação do caráter instrumental. E justamente por existir para o

<sup>241</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 308.

<sup>242</sup> Como ressalta Renata Vilela Multedo, “nas relações conjugais e convencionais, o Estado deve cumprir o papel promocional, por meio de uma tutela que não implique necessariamente intervenção, sem restringir sua constituição, nem dificultar sua dissolução. A descoberta do caminho de realização do projeto de vida pertence, de forma exclusiva, ao casal. Quando se trata de pessoas livres e iguais, soa ilegítima a heteronomia em matéria tão íntima, sendo a interferência estatal válida tão somente para garantir o exercício da liberdade em condições de igualdade material.” (MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 290).

<sup>243</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

<sup>244</sup> CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 17.

desenvolvimento da pessoa, a família contemporânea é também denominada de eudemonista.<sup>245</sup>

Não se vê mais a família como conceito fechado que se submete à necessidade de sua manutenção o sentido da ação de seus sujeitos, mas como relação de coexistência, que tem como elemento ético-funcional o amor familiar. A felicidade das pessoas em relação, e não a instituição, deve ser a preocupação imediata do direito.<sup>246</sup>

Visando regulamentar a proteção constitucional, a Lei nº 8.009/1990 ampliou a proteção ao bem de família. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) proclamou, dentre outros direitos, o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça (artigo 27). Além disso, as Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996 estabeleceram os direitos e deveres daqueles que vivem em união estável.

O Código Civil de 2002 buscou adaptar as normas da codificação anterior e da legislação esparsa em matéria de família aos ditames constitucionais.<sup>247</sup> Nesse sentido, trouxe uma nova classificação de parentesco ao prever que é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem (artigo 1.593). Ainda, em observância ao disposto nos §§ 5º e 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, prescreve a igualdade absoluta entre homem e mulher (artigo 1.567) e que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 1.596).<sup>248</sup>

<sup>245</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 13.

<sup>246</sup> FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Direito de família e casamento: arts. 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

<sup>247</sup> SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 3, p. 15, mai./jun. 2014.

<sup>248</sup> É certo, todavia, que a nova codificação não ficou imune à vacilações. Nessa esteira, Eduardo de Oliveira Leite elenca como *sete pecados* do Código Civil de 2002 em matéria de família: (i) a manutenção do princípio da culpa na dissolução da sociedade conjugal e a possibilidade de sua concretização sem que haja prévia partilha de bens (artigos 1.572 e 1.581); (ii) ao abordar a filiação em perspectiva patriarcal, com abundância de deveres, obrigações e sanções; (iii) ao omitir quanto aos direitos sucessórios decorrentes da presunção de paternidade na hipótese de procriação artificial; (iv) ao inserir o regime de bens da participação final nos aquestos; (v) ao silenciar sobre a conversão da união estável em casamento; (vi) ao estabelecer a imprescritibilidade da ação de contestação de paternidade; e (vii) ao impedir a renúncia de alimentos. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Os Sete Pecados Capitais do Novo Direito de Família**. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José.

As Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014 regularam e introduziram a obrigatoriedade da guarda compartilhada. Com a Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, foi garantida a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio, sem a exigência de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. O divórcio passou a ser exclusivamente direto, ainda que litigioso, e a separação judicial deixou de ser tutelada pelo texto constitucional.<sup>249</sup> Por fim, recentemente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), regulamentando a Convenção de Nova Iorque, alterou substancialmente a situação da pessoa com deficiência.

Ante o exposto, é possível afirmar que a família contemporânea tem como fundamentos a garantia do estado de filiação e a prevalência do afeto (que surge por meio da convivência entre as pessoas e da reciprocidade de sentimentos).<sup>250</sup> E da busca pelo afeto, alcança-se a afetividade jurídica, que se traduz em atos concretos representativos de um dado sentimento afetivo e que podem ser apreendidos pelo direito através dos meios usuais de prova.<sup>251</sup>

A afetividade, antes coadjuvante, torna-se protagonista na família contemporânea, preponderando sobre critérios sociais, políticos, econômicos e religiosos.<sup>252</sup> Repercute notadamente na ampliação da relação de filiação pela posse

---

(Org.). Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões. v. 1. Revista dos Tribunais, 2011, p. 1-16. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75841539/v1/document/104446199/anchor/a-104444369>> Acesso em: 30 out. 2017).

<sup>249</sup> A ausência da referência à separação judicial no texto constitucional levou controvérsias sobre a vigência das normas que a regulam. De acordo com Paulo Lôbo, embora possível argumentar que a separação judicial permaneceria regulamentada pela legislação ordinária, “esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151). Em contrapartida, há também aqueles que advogam que não se pode negar aos cônjuges o direito à separação judicial se entenderem haver razões para a manutenção do vínculo matrimonial. De qualquer modo, a questão, também polêmica no âmbito da jurisprudência, tende a ser pacificada diante do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, em 14/03/2017, do Recurso Especial nº 1.247.098/MS e, em 15/08/2017, do Recurso Especial nº 1.431.370/SP, ambos no sentido de que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que trata da separação judicial.

<sup>250</sup> SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 3, p. 18, mai./jun. 2014.

<sup>251</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 153.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 159.

do estado de filho e pela flexibilização dos requisitos para a constituição da família.<sup>253</sup>

Especificamente quanto à posse de estado de filho, está no fundamento da paternidade socioafetiva e tradicionalmente é identificada pela doutrina a partir da presença de três requisitos: nome, trato e fama.<sup>254</sup> No entanto, esses requisitos não são cumulativos e o reconhecimento da paternidade socioafetiva pode se dar com fundamento em outras circunstâncias fáticas.<sup>255</sup>

Destarte, a afetividade, em seu sentido objetivo, é elemento essencial à família contemporânea, ao lado da igualdade, da liberdade individual, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Embora não prevista expressamente no texto constitucional como princípio e sem olvidar o debate sobre a questão de seu *status* jurídico, inegável que a afetividade é reconhecida e tutelada em diversas disposições constantes na codificação civil e na legislação esparsa, de modo que é possível identificá-la como princípio implícito.<sup>256-257</sup>

Nesse sentido, especialmente o constante no artigo 1.593 do Código Civil de 2002 que prescreve o parentesco como natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Outros exemplos da irradiação da afetividade na compreensão jurídica de família são verificados na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que define a família como a comunidade formada por indivíduos que são, ou se consideram, aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (artigo 5º, inciso II), e na Lei nº 12.010/2009 (Lei Nacional da Adoção), que define

<sup>253</sup> TEPEDINO, Gustavo. Dilemas do afeto. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 14, p. 14, mar./abr. 2016.

<sup>254</sup> “*Nome*, quando um dos pais ou ambos atribuem seus sobrenomes ao perflhado; *trato*, quando um ou ambos os pais tratam socialmente o perflhado como seu filho; *fama*, quando a comunidade onde vivem os pretensos pais e filhos os reconhecem assim, segundo as circunstâncias.” (LÔBO, Paulo. Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 14, jul./ago. 2017).

<sup>255</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>256</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 159.

<sup>257</sup> Nessa esteira, Paulo Lôbo assevera: “A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família”. (LÔBO, Paulo. Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, p. 14, set./out. 2014).

por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (artigo 25).

Portanto, no cenário contemporâneo, retomando as expressões utilizadas por Michelle Perrot, há um desfazimento dos *nós* e a valorização do *ninho*.

### 3.2 PLURALIDADE DE ENTIDADES FAMILIARES E A AUSÊNCIA DE HIERARQUIA AXIOLÓGICA OU ROL TAXATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante da insuficiência da família moderna, constituída por pai e mãe, unidos por um casamento regulado pelo Estado, a quem se conferia filhos legítimos, a família contemporânea pressupõe a existência de uma pluralidade de estruturas familiares. O reconhecimento desta concepção plural de família pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988 resulta notadamente em dois questionamentos. O primeiro sobre a existência de hierarquia axiológica entre as formas de constituição de família e o segundo sobre a existência de estruturas familiares para além do casamento, da união estável e da família monoparental.<sup>258</sup>

O questionamento acerca da hierarquia axiológica entre as formas de constituição de família surge porque o texto constitucional prevê que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento (artigo 226, §3º).

Tendo em vista a previsão constitucional, há quem advogue pela existência de uma hierarquia, colocando a união estável em plano inferior ao casamento a partir da compreensão de que o constituinte a considerou como *rito de passagem*. Por outro lado, há quem defenda a inexistência de uma hierarquia axiológica, partindo da ideia de que a garantia de liberdade de escolha das relações existenciais resulta na igualdade entre as formas de constituição de família previstas no texto constitucional.<sup>259</sup>

No âmbito da doutrina, Gustavo Tepedino afirma que a previsão da união estável e da família monoparental na Constituição Federal de 1988 demonstra a

---

<sup>258</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 40, jan./mar. 2002.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 43.

mudança da ótica valorativa constitucional e impede o tratamento desigual. Assim, qualquer norma dirigida à tutela das relações familiares precisa ter como suporte fático as diferentes estruturas de família.<sup>260</sup> Para o jurista, o constituinte não pretendeu, com a inserção da norma do artigo 226, §3º, “criar famílias de primeira e segunda classes, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação”.<sup>261</sup>

Paulo Lôbo vai além e afirma:

A norma do §3º do art. 226 da Constituição não contém determinação de qualquer espécie. Não impõe requisito para que se considere existente união estável ou que subordine sua validade ou eficácia à conversão em casamento. Configura muito mais comando ao legislador infraconstitucional para que remova os obstáculos e dificuldades para os companheiros que desejem casar-se, se quiserem, a exemplo da dispensa da solenidade de celebração. Em face dos companheiros, apresenta-se como norma de indução. Contudo, para os que desejarem permanecer em união estável, a tutela constitucional é completa, segundo o princípio da igualdade que se conferiu a todas as entidades familiares. Não pode o legislador infraconstitucional estabelecer dificuldades ou requisitos onerosos para ser concebida a união estável, pois facilitar uma situação não significa dificultar outra.<sup>262</sup>

Para o jurista, deve-se defender a ausência de hierarquia entre as formas de constituição de família, pois é o entendimento que melhor consulta as normas e valores constitucionais.<sup>263</sup> Nesse sentido é que Pietro Perlingieri, ao tratar sobre a estrutura familiar, afirma que não se limita à família fundada no casamento. O jurista diz que “cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras”.<sup>264</sup>

De fato, admitir a superioridade do casamento significa proteger mais, ou prioritariamente, determinadas pessoas em detrimento de outras, o que não é admitido pelo ordenamento constitucional.<sup>265</sup> Tanto é assim que as funções de cuidado, respeito e educação das crianças e adolescentes, assim como a

<sup>260</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 57.

<sup>261</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>262</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 43, jan./mar. 2002.

<sup>263</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>264</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 973-974.

<sup>265</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 141-142.

solidariedade e a mútua assistência entre os seus membros, devem ser desenvolvidas igualmente nas diferentes estruturas.<sup>266</sup>

Portanto, é possível concluir que as diferentes formas de constituição de família devem ser igualmente protegidas, pois ausente qualquer hierarquia axiológica na Constituição Federal de 1988.

O questionamento sobre a existência de modos de constituição de família para além do casamento, da união estável e do agrupamento monoparental surge a partir de demandas visando a extensão do nome *família* e de sua eficácia jurídica para outras estruturas que se apresentam na sociedade. Como ressalta Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, essa discussão não é ociosa, pois “ampliar ou restringir o rol de entidades familiares passíveis de apreensão jurídica é admitir possibilidades eficazes e, portanto, o reconhecimento de direitos e deveres”<sup>267</sup>.

No âmbito da doutrina, Paulo Lôbo defende que o rol trazido no texto constitucional não é taxativo, pois, ao contrário dos textos constitucionais anteriores, a Constituição Federal de 1988 se refere genericamente à família, não sendo restritiva ou excludente:

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas consequências jurídicas, não significa que reinstituiu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.<sup>268</sup>

Para o jurista, uma vez que o texto constitucional não restringe nem exclui estruturas familiares não tipificados de forma expressa nos parágrafos do artigo 226, as entidades familiares formadas a partir do casamento, da união estável e do agrupamento monoparental são meramente exemplificativas, merecendo referência

<sup>266</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. **Revista Pensar**, Fortaleza, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, v. 18, n. 3, p. 589, 2013.

<sup>267</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 331.

<sup>268</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 44-45, jan./mar. 2002.

expressa por serem as mais comuns. As demais estruturas familiares são incluídas de forma implícita no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput* do mencionado artigo.<sup>269</sup>

Paulo Lôbo conclui que a família constitucionalmente protegida é aquela indispensável à realização da pessoa humana. Consequentemente, “não podem ser protegidas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo a realização do princípio da dignidade humana”.<sup>270</sup> Logo, preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, a estrutura familiar estará constitucionalmente protegida.<sup>271</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, Maria Celina Bodin de Moraes discorre que a proteção jurídica que antes era dispensada à *estrutura* da família, identificada pelo casamento, foi substituída, com a Constituição Federal de 1988, pela proteção jurídica ao *conteúdo*, isto é, da função que desempenha. Consequentemente, conclui:

Não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos, com a mesma qualidade e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades familiares torna-se obrigatória quando se considera a proibição de qualquer forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sua orientação sexual, orientação esta que se configura como um direito personalíssimo.<sup>272</sup>

De igual modo, Luiz Edson Fachin ensina que, conquanto a indicação de diferentes formas de constituição de família no texto constitucional possa conduzir, “em um primeiro momento, à conclusão de que seriam essas as opções do constituinte, ou seja, o reconhecimento jurídico de três modelos básicos”, essa não é a conclusão coerente com a racionalidade constitucional. Para o jurista, a conclusão mais adequada é aquela que, adotando a ideia de porosidade do sistema centrado na Constituição Federal de 1988, implica no reconhecimento de um rol de entidades

<sup>269</sup> LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 45, jan./mar. 2002.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>272</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 627.



familiares mais amplo do que aquele previsto expressamente nos parágrafos do artigo 226, pois:

Embora não se negue que a porosidade do sistema não implica a apreensão pelo direito de todas as realidades que emergem de seu exterior, dúvida não há de que, sempre que se tratar de fenômeno social a demandar respostas por meio de garantia de direitos fundamentais, está o direito aberto a cancelar tais fenômenos. Essa cancela é balizada, é certo, à luz da própria ordem principiológica, que determina os limites e possibilidades de atribuição eficaz.<sup>273</sup>

Desse modo, Luiz Edson Fachin conclui que não há como negar proteção jurídica aos integrantes de relações familiares que, conquanto não estruturadas com base nos modelos descritos expressamente no texto constitucional, apresentem-se na sociedade como vínculos de afeto e solidariedade.<sup>274</sup>

As teses adotadas pelos juristas mencionados prevalecem, contemporaneamente, no âmbito da doutrina e também encontram respaldo no âmbito da jurisprudência.

Nesse sentido, pertinente consignar que, em 22/06/1998, no julgamento do Recurso Especial nº 159.851/SP, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a inclusão de entidades familiares implícitas, ao decidir que a proteção do bem de família contido na Lei nº 8.009/1990 abarca também a comunidade familiar constituída por irmãos.<sup>275</sup> Trata-se de família anaparental, “configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente”.<sup>276-277</sup>

Ainda, em 02/09/2008, no julgamento do Recurso Especial nº 820.475/RJ, corroborando o posicionamento que vinha se consolidando em diversos Tribunais de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, a despeito da controvérsia em

<sup>273</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278-279.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 287-288.

<sup>275</sup> “Execução. Embargos de Terceiro. Lei 8009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido.” (STJ. **REsp 159.851/SP**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, julgado em 19/03/1998).

<sup>276</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10-11.

<sup>277</sup> Sobre a proteção do bem de família, vale acrescentar ainda que, em 15/10/2008, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 364, que reza: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

relação à matéria, não existe vedação legal explícita para o prosseguimento de pedido de reconhecimento de união homoafetiva.<sup>278</sup>

Entretanto, o marco histórico da adoção da tese de ausência de rol taxativo de entidades familiares no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Na oportunidade, por não encontrar critério discriminatório constitucionalmente válido e considerando a orientação sexual como integrante da personalidade, o Plenário reconheceu, com efeito *erga omnes* e vinculante, as uniões homoafetivas como entidades familiares. Diante da importância, merece transcrição o seguinte trecho ementado:

(...) O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como

<sup>278</sup> “(...) 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. Apesar da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ. **REsp 820.475/RJ**. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, maioria, julgado em 02/09/2008).

categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (...).<sup>279</sup>

Na sequência, em 25/10/2011, no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, complementando o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a inexistência de vedação legal expressa, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo e conversão da união homoafetiva em casamento, com fundamento na impossibilidade de conferir à lei interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

O Ministro Relator acrescentou, ainda, que a pluralidade de entidades familiares engendradas pela Constituição Federal de 1988 impedem que “se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos”.<sup>280</sup>

Logo, o julgado, além de possuir como fundamento a ausência de limitação pela Constituição Federal de 1988 das formas de constituição de família, baseia-se também nos argumentos de ausência de vedação expressa no Código Civil sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo e na função do Poder Judiciário proteger as minorias apesar da omissão do Poder Legislativo.<sup>281</sup>

Diante da ausência de uniformidade na conduta dos oficiais de registro após a decisão do Superior Tribunal de Justiça em face dos pedidos de habilitação para o casamento homoafetivo – diversos pedidos eram negados por falta de lei específica e sob o argumento de que apenas a decisão do Supremo Tribunal Federal era dotada de efeito *erga omnes* e vinculante –, o Conselho Nacional de Justiça, em 14/05/2013, aprovou, por maioria, resolução para obrigar os cartórios de todo o país

<sup>279</sup> STF. **ADI 4277. ADPF 132**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, unânime, julgados em 05/05/2011.

<sup>280</sup> “Direito de Família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF (...).” (STJ. **REsp 1.183.378/RS**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, maioria, julgado em 25/10/2011).

<sup>281</sup> SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 2, p. 71, out./dez. 2014.

a habilitar e celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem como a converter a união homoafetiva em casamento (Resolução nº 175).

Além da família anaparental e da união homoafetiva, outros exemplos de estruturas familiares não previstas expressamente no artigo 226 da Constituição Federal são debatidas na doutrina e na jurisprudência, dentre as quais se destacam a família recomposta, as famílias simultâneas e a família solidária.

A família recomposta, também denominada de família *reconstituída* ou *mosaica*, “é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, onde um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação precedente”.<sup>282</sup> As famílias simultâneas envolvem a circunstância de uma pessoa se apresentar, ao mesmo tempo, como integrante de duas ou mais estruturas familiares diversas.<sup>283</sup> A família solidária se revela pela convivência com esforço mútuo visando a manutenção de pessoas com necessidades comuns.<sup>284</sup>

Por outro lado, imperioso registrar que atualmente tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.583/2013 com o objetivo de retornar à ideia de taxatividade de entidades familiares. Contrapõe-se ao Projeto de Lei nº 470/2013, denominado Estatuto das Famílias e que tem o intuito de compilar a normativa infraconstitucional em matéria de família.

Assim, considerando que a tutela do Estado é direcionada à proteção dos membros da família, a quem cabe decidir a forma de sua constituição, é possível

<sup>282</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

<sup>283</sup> “São inúmeras as possibilidades concretas de verificação de famílias simultâneas: desde a bigamia típica até a pluralidade pública e estável de conjugalidades; desde a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, até a situação de pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união; ou, ainda, netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós, para citar apenas algumas configurações possíveis.” (PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 6-7).

<sup>284</sup> “Como exemplo, mencionam-se as pessoas de terceira idade que, em razão da ausência de possibilidade de seus parentes de atender-lhes, acabam encontrando em pessoas com as mesmas características um modo de conviver ‘como se família fossem’. Igualmente se apontam aqueles portadores de necessidades especiais, os quais adaptam casas, dividem prestadores de serviços de saúde (como enfermeiros e fisioterapeutas), entre outros aspectos, para que consigam prover suas necessidades, coabitando em alto grau de solidariedade mútua.” (MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2007, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>> . Acesso em: 28 nov. 2017).

concluir que o texto constitucional não estabelece rol taxativo de entidades familiares. Como ensina Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a dimensão funcional da família contemporânea reside justamente “no oferecimento do espaço para a autoconstituição da pessoa, no exercício da liberdade de coexistir”.<sup>285</sup>

A família contemporânea não se compatibiliza a eventual pretensão de completude. Com efeito, mais do que uma noção plural, a Constituição Federal de 1988 consagra um conceito aberto de família<sup>286</sup>, permitindo a imposição de determinados fatos perante o Direito. Em virtude disso, a tarefa de conceituar a família contemporânea se torna cada dia mais complexa e o papel da doutrina e da jurisprudência da maior relevância, porquanto “os litígios acompanham o meio social no qual estão inseridos e se sofisticam proporcionalmente à complexificação da própria sociedade, de modo que os embates passam a envolver novas questões”.<sup>287</sup>

Diante do exposto, é possível afirmar que esta concepção contemporânea de família deve ser irradiada para o direito das sucessões. É a família contemporânea que deve fornecer os critérios para o ajustamento da ordem de vocação hereditária da sucessão legal e para a fixação do rol de herdeiros necessários. O sistema sucessório precisa refletir a pluralidade de entidades familiares e a garantia do estado de filiação, bem como valorizar a afetividade.

### 3.3 O DESCOMPASSO ENTRE O DIREITO DAS SUCESSÕES E A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A fórmula latina *amor primim descendit, deinde ascendit* (o amor primeiro desce, depois sobe) é utilizada para exprimir a preocupação da sociedade no sentido de que os descendentes devem sempre compor o primeiro grupo chamado a herdar, com fundamento na presunção de que “o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, posto que fruto de sua estrutura genética e/ou moral e, possivelmente, de seu afeto e de sua comunhão de vida em relação ao outro genitor,

---

<sup>285</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 315.

<sup>286</sup> FITERMAN, Mauro. **Direito de Família: temas controversos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 58.

<sup>287</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 9.

quicá sobrevivente à sua morte”.<sup>288</sup> A presunção é utilizada também para justificar a chamada dos ascendentes para herdar apenas na hipótese de não haver descendentes.<sup>289</sup>

Entretanto, conforme mencionado no primeiro capítulo, essa visão fundada na vontade presumida da pessoa falecida, embora presente na psicologia popular e defendida por diversos juristas, não é a mais adequada quando analisada a partir dos valores constitucionais.

No cenário contemporâneo, a visão que deve prevalecer é aquela que compreende como fundamento da sucessão legal a solidariedade familiar. Desse modo, há transmissão da herança aos membros da família do falecido em virtude da importância desse patrimônio para o desenvolvimento de seus objetivos e interesses, sendo que é a família contemporânea que deve fornecer o critério para a escolha daqueles que integrarão a ordem de vocação hereditária e o rol de herdeiros necessários, não podendo ser resultante de uma opção arbitrária do legislador.<sup>290</sup>

Ocorre que, nos moldes da legislação vigente, a sucessão por morte independe da existência de afetividade entre o autor da herança e seus sucessores, “pois herda quem aquele odiava, ou quem odiava o falecido, salvo se contra este ou seus familiares o herdeiro tiver praticado ofensa especificada como hipótese legal de exclusão ou de deserdação”.<sup>291</sup>

Ou seja, salvo em situações extremas, notadamente nas hipóteses de indignidade e deserdação, o relacionamento concreto mantido entre os herdeiros e o autor da herança é irrelevante. Exemplo disso é o reconhecimento de direito sucessório também ao cônjuge sobrevivente separado de fato há menos de dois anos ou que prova a ausência de culpa pelo fim da convivência (CC/2002, artigo 1.830).<sup>292</sup>

Destarte, ainda que a compreensão jurídica de família no Brasil tenha passado por diversas transformações após a promulgação da Constituição Federal de 1988, essas transformações não provocaram mudanças correlatas na sucessão legal e no instituto da reserva hereditária. Pelo contrário, o direito das sucessões

<sup>288</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

<sup>289</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>290</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

<sup>291</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

<sup>292</sup> Nesse aspecto, registra-se que o divorciado não é herdeiro, pois o divórcio dissolve, além da sociedade conjugal, o próprio casamento (CC/2002, artigo 1.571, §1º).

permanece imune a diversos ditames constitucionais e “estranho a qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana”<sup>293</sup>.

Nessa linha, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Rosalice Fidalgo Pinheiro assinalam:

Ampliada a apreensão jurídica da família pela Constituição de 1988, um conjunto expressivo de transformações deveria ser recepcionado pelo direito sucessório para impor uma compreensão mais igualitária, no tratamento dos sucessores legítimos, notadamente, o cônjuge e o companheiro. Porém, acabaram por ser recepcionadas de modo tímido à legislação que se seguiu à Constituição ou, ainda, foram em boa medida desprezadas pelo Código Civil de 2002, trazendo verdadeiro retrocesso em relação ao direito infraconstitucional até então vigente. Eis o paradoxo que se apresenta: o desenho constitucional da família não alcança a sucessão legítima, antes, percorre-se verdadeira distância entre o Código Civil e a Constituição nessa matéria. (...) A sucessão legítima guarda em suas entrelinhas, a prevalência da família como comunidade de sangue. Nega-se tutela patrimonial àqueles que se ligam à família por laços de afeto. Às custas de um juízo de exclusão, conserva-se o patrimônio familiar dentro de um mesmo grupo, e coloca-se no centro da sucessão hereditária a propriedade.<sup>294</sup>

É certo que o direito das sucessões se democratizou ao assegurar participação igualitária dos filhos independentemente da origem, superando a intolerância e a discriminação anteriormente existente, bem como ao limitar o número de colaterais que podem suceder e ao estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge e companheiro sobrevivente com descendentes e ascendentes. Todavia, não logra sorte em resolver as diversas inconsistências que o preenchem.

Euclides de Oliveira enumera como *sete pecados capitais* das regras atinentes à sucessão legal previstas no Código Civil de 2002: (i) o fato do companheiro sobrevivente não constar da ordem de vocação hereditária, mas sim de disposição isolada no capítulo das disposições gerais; (ii) as situações em que o companheiro sobrevivente se encontra em posição de vantagem em relação ao cônjuge sobrevivente; (iii) a desvantagem do companheiro sobrevivente na concorrência sucessória quando comparado ao cônjuge sobrevivente; (iv) a necessidade de observância do regime de bens do casamento; (v) a ausência de

<sup>293</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

<sup>294</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Direito de Família na Constituição de 1988 e suas repercussões no Direito das Sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre o Código Civil e Constituição. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 432-435.

inclusão do companheiro sobrevivente no rol dos herdeiros necessários; (vi) as omissões quanto ao direito real de habitação do companheiro e sobre a concorrência sucessória quando existirem filhos exclusivos e comuns; (vii) e por estabelecer direito sucessório ao cônjuge sobrevivente separado de fato.<sup>295</sup>

Ademais, o próprio sistema da concorrência sucessória vem sendo objeto de críticas. Nesse sentido, Flávio Tartuce afirma que a sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro foi um grande equívoco porque, atrelada à tendência contemporânea dos casamentos serem cada vez menos duradouros, o sistema da concorrência sucessória resultou na “necessidade de criação de teses de difícil compreensão, de elaboração de fórmulas matemáticas, de solução com dízimas periódicas, de divergências insuperáveis entre a doutrina e a jurisprudência e entre ambas respectiva e internamente”.<sup>296</sup> O jurista acrescenta que a falta de clareza legislativa acerca do sistema da concorrência sucessória contribui para a existência de conflito entre os herdeiros.<sup>297</sup>

Portanto, é possível afirmar que a ordem de vocação hereditária e o rol de herdeiros necessários não refletem a evolução ocorrida no instituto da família. Sem olvidar que o direito das sucessões também se baseia nos institutos da propriedade e da autonomia privada, a busca pela conciliação entre os institutos não afasta a conclusão de que as regras sucessórias não foram revisadas para atender, de forma plena, a família contemporânea, entendida como aquela que existe para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros.

A sucessão legal prevista no Código Civil de 2002 não permite alcançar de forma isonômica as pessoas que integram a família. Isso porque, conquanto a ordem de vocação hereditária estabelecida possua ampla aceitação social, ao impedir qualquer análise das qualidades específicas de cada herdeiro e de suas relações com o falecido no seio da convivência familiar, acaba por garantir, tão somente, uma igualdade formal entre os herdeiros.<sup>298</sup>

<sup>295</sup> OLIVEIRA, Euclides de. Os 7 *Pecados Capitais* do Novo Direito Sucessório. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2007, p. 2. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

<sup>296</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 166.

<sup>297</sup> Ibidem, p. 166-167.

<sup>298</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 31.



As normas e valores constitucionais devem informar a interpretação das regras sucessórias previstas na codificação civil. Seguindo a linha do mencionado no capítulo anterior, o caráter intangível, universal e indivisível do direito das sucessões precisa se compatibilizar com a família contemporânea para que, eventual herdeiro vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança, em decorrência de idade ou deficiência, seja tutelado de forma que haja igualdade material com os demais herdeiros.

Ademais, a reserva hereditária atribuída aos herdeiros necessários, denominada de legítima, não resulta em nenhum efetivo equilíbrio.<sup>299</sup> Embora Inocêncio Galvão Telles afirme que “a família, no seu núcleo mais significativo pela maior proximidade dos vínculos, só fica devidamente resguardada ou acautelada por meio da sucessão necessária”<sup>300</sup>, esta lição não reflete a realidade concreta presente na sociedade contemporânea. As regras sucessórias não asseguram suficientemente a família em sua compreensão contemporânea, assim como não se dá no caso da propriedade e da autonomia privada. Desse modo, conquanto amargamente defendida por alguns, a reserva hereditária acaba intensamente criticada por outros.

As considerações em defesa da reserva hereditária são sintetizadas por Michel Grimaldi na compreensão da legítima (i) como instrumento de conservação dos bens dentro da família; (ii) como instrumento de proteção da liberdade dos herdeiros; e (iii) como mecanismo que garante a igualdade entre os filhos.<sup>301</sup> De outro lado, o jurista francês aponta que as críticas à reserva hereditária se fundam, principalmente, em argumentos de ordem econômica, porque dificulta a livre circulação de bens e pode resultar no sacrifício de empresas familiares.<sup>302</sup>

Daniele Chaves Teixeira, após realizar pesquisa sobre vários ordenamentos jurídicos, elenca como argumentos em defesa da reserva hereditária: (i) a ampla aceitação social; (ii) a compreensão de que os filhos, por serem a continuação da personalidade biológica dos pais, também devem ser do patrimônio; (iii) como obrigação natural decorrente do parentesco e do matrimônio; (iv) copropriedade familiar; (v) instrumento para evitar abusos e injustiças; (vi) fomento à unidade

---

<sup>299</sup> VELOSO, Zeno. O fim da legítima. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 16, p. 55, jul./ago. 2016.

<sup>300</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991, p. 277.

<sup>301</sup> GRIMALDI, Michel. **Successions**. 2. ed. Paris: Litec, 1992, p. 268-269.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 270-271.

familiar; (vii) por ter como fundamento a solidariedade familiar; (viii) semelhante ao direito de alimentos; (ix) instrumento de proteção das disposições testamentárias e das doações em vida; e (x) questão de ordem pública que não pode ser suprimida<sup>303</sup>.

De outro lado, a jurista pontua como argumentos contra a legítima, dentre outros: (i) o direito de propriedade se perpetua após a morte; (ii) evitar o fracionamento do patrimônio; (iii) a transformação sociológica e jurídica da família fez a legítima não ter mais sentido; (iv) por não respeitar a autonomia privada do autor da herança; (v) a possibilidade de proteção da família por outros meios (por exemplo, através da seguridade social e dos contratos de seguro); (vi) por não ser justificável impor a solidariedade familiar quando os beneficiários da legítima não precisam daquilo para seu sustento; (vii) o aumento da expectativa de vida que resulta na sucessão em favor de filhos em idade adulta; (viii) por não ser coerente permitir a liberdade em vida, mas não com a morte; (ix) exemplos cotidianos de utilização do testamento para afastar a reserva hereditária; (x) a supressão da legítima não violaria a Constituição; (xi) a complexidade das relações familiares frente à pluralidade de entidades familiares; e (xii) necessidade de verificação da real função da legítima na atualidade<sup>304</sup>.

Em suma, há quem defenda a legítima, como instrumento contra o arbítrio e para a proteção da família, e há quem defenda a liberdade de testar, por preferirem a escolha feita pelo autor da herança do que o arbítrio da lei.<sup>305</sup> Nesse aspecto, salienta-se que a garantia do direito à herança expressa no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988 não exprime a indispensabilidade da reserva hereditária.<sup>306</sup> Como explica Ana Luiza Maia Nevares a lei que suprimir a reserva hereditária do ordenamento jurídico brasileiro não será inconstitucional, pois inexistente no texto constitucional qualquer garantia aos herdeiros necessários, mas tão somente a garantia do direito à herança.<sup>307</sup>

Advogando contra a reserva hereditária, Zeno Veloso afirma que a legislação brasileira, em termos de legítima, está obsoleta, porque ignora que a

<sup>303</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 92.

<sup>304</sup> Ibidem, p. 92-93.

<sup>305</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 28.

<sup>306</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 86, jan./mar. 2017

<sup>307</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 169-170.

sociedade, antes agrária e estática, tornou-se urbana e dinâmica<sup>308</sup>. Ana Luiza Maia Nevares, embora em momento anterior tenha defendido a intangibilidade da legítima como princípio<sup>309</sup>, atualmente defende:

o instituto é ineficaz e inoportuno na família atual, preconizando-se a sua abolição, ou ao menos a sua restrição, por manifesta inutilidade, em virtude da atual realidade biológica, socioeconômica e jurídica da sociedade hodierna, marcada pela longevidade crescente de seus membros e por novas técnicas de proteção, como a Seguridade Social e os contratos de seguro. (...) Nessa perspectiva, a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.<sup>310</sup>

Em contrapartida, Daniele Chaves Teixeira pondera que, ainda que a modificação do sistema sucessório do Código Civil de 2002 seja imperiosa, a alteração não deve resultar na extinção do instituto da reserva hereditária, mas tão somente na sua flexibilização em observância aos moldes atuais da sociedade. Nessa esteira, a jurista elenca como propostas: (i) pular uma geração; (ii) limitar a legítima a uma questão de incapacidade; (iii) restringir a legítima a bens da família, não se incluindo os bens produzidos pelo autor da herança, aos quais haveria liberdade plena de testar; (iv) diminuir o percentual da quota da reserva; e (v) limitar a idade para os capazes – com emprego do parâmetro da legislação brasileira referente aos alimentos.<sup>311</sup>

Na mesma linha, Flávio Tartuce se posiciona a favor da reserva hereditária, embora não deixe de assinalar a necessidade de se debater a sua redução, de modo que a legítima assegure tão somente o *mínimo existencial*.<sup>312</sup>

<sup>308</sup> VELOSO, Zeno. O fim da legítima. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 16, p. 57, jul./ago. 2016.

<sup>309</sup> Nesse sentido, cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 495-545.

<sup>310</sup> Idem. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 13-15, nov./dez. 2016.

<sup>311</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 125.

<sup>312</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35.

Certo é que, nos moldes em que fixada, a reserva hereditária não alcança a sua finalidade, qual seja, o equilíbrio entre a proteção da família e a autonomia privada do autor da herança, notadamente porque o direito das sucessões não acompanhou as transformações ocorridas em seus institutos basilares após a Constituição Federal de 1988. A legítima não restringe a autonomia privada do autor da herança para a proteção da família compreendida em sua concepção contemporânea. Pelo contrário, tem em seu fundamento uma família estigmatizada, que não guarda correspondência com os ditames constitucionais.

Além disso, a proteção que é atribuída ao cônjuge sobrevivente na sucessão legal, herdeiro necessário que concorre com os descendentes e ascendentes, também não está imune a críticas em virtude de receber tratamento uniforme independentemente da duração do vínculo e do relacionamento concreto que tinha com o falecido.<sup>313</sup> Tanto é assim que o cônjuge sobrevivente é identificado por Luiz Paulo Vieira de Carvalho *estrela* do atual direito das sucessões.<sup>314</sup>

Acerca da temática, Ana Luiza Maia Nevares afirma que, se pensarmos na concepção de família da década de 1970, quando o Código Civil de 2002 foi concebido, podemos compreender a preocupação em garantir uma melhor posição sucessória ao cônjuge, pois “havia uma clara e evidente inferioridade feminina na família, em especial em virtude da ascendência econômica do homem em relação à mulher, pelo exercício profissional. Além disso, o casamento era indissolúvel e o modelo nuclear”.<sup>315</sup>

Entretanto, hodiernamente, essa concepção de família foi superada. O vínculo conjugal deixou de ser indissolúvel e há consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges. Assim sendo, a jurista afirma que há necessidade de repensar a posição do cônjuge no âmbito sucessório, a fim de garantir mais liberdade ao autor da herança:

A centralidade da sucessão do cônjuge e a impossibilidade de temperar a sua reserva ou mesmo de afastá-la da sucessão têm causado muitas angústias na sociedade. Não raro são os casos em que casais, em especial quando em segundas núpcias, pretendem deixar todo o patrimônio apenas

<sup>313</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 108.

<sup>314</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 318.

<sup>315</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, p. 130, mai./jun. 2017.

para seus filhos exclusivos, porque o consorte é independentemente financeiramente, sendo esta vontade compartilhada por ambos os partícipes da relação, sendo, ainda, muito comum a frustração diante do fato de que a sucessão do cônjuge acarretará a transferência de patrimônios de família para pessoas diversas, porque herdeiros só do supérstite.<sup>316</sup>

Mario Luiz Delgado também sustenta a necessidade de revisão do enquadramento do cônjuge como herdeiro necessário, arguindo que o fundamento da reserva necessária ao cônjuge “deixou de ser o vínculo afetivo e se metamorfoseou na álea de estar casado, ainda que por brevíssimo período, quando do óbito do outro”.<sup>317</sup>

As considerações lançadas acerca da ordem de vocação hereditária, da legítima e da posição do cônjuge na sucessão legal evidenciam que a concepção de família presente no direito das sucessões não está em consonância com a proteção da família fundada na pessoa de cada um de seus membros, pois ignora as transformações ocorridas no instituto, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Fatos como a igualdade entre os cônjuges na família, assim como relacionados ao aumento da expectativa de vida, da presença de famílias recompostas e da disseminação dos casos de divórcio, não repercutem no direito das sucessões.<sup>318</sup>

Não se olvida que o direito das sucessões conviveu demasiadamente com regras atributivas de privilégios e primazias a determinadas categorias de pessoas, tratamento que se revelava discriminatório e odioso, assim como não se menospreza a recente conquista, por influência das normas e valores constitucionais, do tratamento igualitário e uniforme entre os herdeiros.<sup>319</sup> Ocorre que, também em

<sup>316</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, p. 132, mai./jun. 2017.

<sup>317</sup> Nessa esteira, assevera: “A rápida mutabilidade dos estados civis, o elevado número de divórcios e o crescimento das famílias recompostas, já que as pessoas passaram a ficar livres para novas uniões mais rapidamente, transformou o estado civil de casado, e a posição do cônjuge, em verdadeiro “cargos interino”, demissível a qualquer momento, sem necessidade de justificação. Ocupar a posição do cônjuge na data da abertura da sucessão converte-se em uma “loteria” e a fortuna é quem vai direcionar a proteção sucessória e a designação legítima.” (DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 23, p. 45, set./out. 2017).

<sup>318</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. op. cit., p. 137.

<sup>319</sup> Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama diz que “podem ser apontados determinados indivíduos que eram contemplados com direito à herança, excluindo outros: somente homens (excluindo as mulheres), os primogênitos (excluindo o restante da descendência), os filhos matrimoniais (excluindo os extramatrimoniais e os adotivos). Na atualidade, sob influência clara e direta dos princípios e direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, busca-se tratar igualmente e uniformemente as pessoas dos herdeiros, terminando com privilégios sucessórios e

virtude da influência dos ditames constitucionais, o tratamento relativo às espécies de sucessão por morte precisam ser repensados, a fim de que se reconheça, efetivamente, a relevância atribuída contemporaneamente aos institutos da propriedade, da autonomia privada e da família também no fenômeno sucessório.

Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares aponta:

a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto aos aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão hereditária um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.<sup>320</sup>

Somente com a irradiação ao direito das sucessões da significação jurídica contemporaneamente atribuída a esses institutos é que o fenômeno sucessório estará em consonância com as normas e valores constitucionais. Em outras palavras, impositivo se buscar um efetivo equilíbrio entre a autonomia privada e o dever de solidariedade familiar. Além disso, necessário observar de forma atenta as necessidades de cada membro da família e compilar critérios mais flexíveis que o mero grau de parentesco.<sup>321</sup>

Até que isso ocorra, o engessamento do direito das sucessões, quando comparado aos demais ramos do direito civil, permanecerá evidenciando o abismo entre as previsões legais e a realidade concreta. O direito das sucessões vigente é essencialmente formal. Não é sensível às transformações sofridas pela sociedade após o advento da Constituição Federal de 1988, bem como não privilegia a autonomia privada do autor da herança e a família na sua concepção contemporânea. Pelo contrário, privilegia um tipo de riqueza que perdeu importância

---

com as restrições feudais que outrora existiam.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 29, p. 15, abr./mai. 2005).

<sup>320</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, p. 137, mai./jun. 2017.

<sup>321</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 53.

e, por se assentar em soluções excessivamente formais, não inclui manifestações modernas e frequentes de atribuição patrimonial *post mortem*.<sup>322</sup>

Nessa linha, Daniele Chaves Teixeira afirma:

O confronto entre a disciplina sucessória atual e a realidade corrente, de qualquer forma, reforça a convicção de que o direito hereditário reclama uma reforma eficaz, que não se limite a modificações setoriais de uma ou outra disposição singularmente considerada, mas que aspire, corajosamente, a remodelar a matéria em seu complexo, para garantir uma solução adequada aos problemas, pronta a desenvolver uma função mais adequada à sociedade em constante modificação.<sup>323</sup>

Essa necessidade de releitura do direito das sucessões é evidenciada e, ao mesmo tempo, reforçada, quando observamos que na jurisprudência brasileira recente há um amplo reconhecimento da família contemporânea. Em virtude disso, no próximo capítulo o tema do presente estudo será problematizado a partir da análise das questões sucessórias que se revelam em razão do recente julgamento de *leading cases* pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>322</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 42.

<sup>323</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório: pressupostos e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 53.

## **CAPÍTULO 4**

### **LEADING CASES E A NECESSIDADE DE RELEITURA DO DIREITO DAS SUCESSÕES**

A partir do analisado anteriormente, verificou-se que o esboço da família, assim como da propriedade e da autonomia privada, passou por diversas mudanças. A Constituição Federal de 1988 consolidou a ruptura com a família tradicional que, em seu modelo contemporâneo, deixa de ter como pilar a conjugalidade e passa a ter como fundamentos a prevalência da afetividade e a garantia do estado de filiação. E sendo a família contemporânea aquela que existe para a realização dos interesses afetivos e existenciais de seus membros, essa concepção deve ser irradiada ao direito das sucessões.

Todavia, as transformações ocorridas na família não foram acompanhadas pelas regras sucessórias. Ainda que seja possível afirmar que o direito das sucessões se democratizou ao assegurar participação igualitária dos filhos independentemente da origem, superando a intolerância e a discriminação anteriormente existente, bem como ao limitar o número de colaterais que podem suceder e ao estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge e companheiro sobrevivente com descendentes e ascendentes, permanece marcado pela existência de diversas inconsistências em seu arcabouço normativo.

Por exemplo, as normas sucessórias não permitem alcançar de forma isonômica as pessoas que integram a família, pois, conquanto a ordem de vocação hereditária estabelecida possua ampla aceitação social, ao impedir qualquer análise das qualidades específicas de cada herdeiro e de suas relações com o falecido no seio da convivência familiar, acaba por garantir, tão somente, uma igualdade abstrata entre os herdeiros.

Ou seja, ainda que haja uma pessoa vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança entre os herdeiros legítimos, em decorrência de idade ou deficiência, essas suas qualidades pessoais não serão avaliadas para a transmissão da herança. Não se busca a constatação das desigualdades entre os herdeiros na sucessão legal, tampouco se busca mecanismos de compensação para que a todos seja atribuída a mesma possibilidade de direitos.

Além disso, a reserva hereditária atribuída aos herdeiros necessários, nos moldes em que fixada, não alcança a sua finalidade, qual seja, o equilíbrio entre a



proteção da família e a autonomia privada do autor da herança. A legítima não restringe a autonomia privada do autor da herança para a proteção da família compreendida em sua concepção contemporânea. Pelo contrário, tem em seu fundamento uma família estigmatizada. Desse modo, conquanto amargamente defendida por alguns, acaba intensamente criticada por outros.

Ao lado disso, diversas questões sucessórias também se revelam, demandando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, diante do julgamento de *leading cases* pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, de casos de difícil solução porque, além de envolverem a interpretação e aplicação de normas relacionadas a direitos fundamentais, a sua solução repercute intensamente na sociedade brasileira.

Dessa forma, no presente capítulo, com o objetivo de reforçar a necessidade de releitura do direito das sucessões, notadamente por não ter acompanhado as transformações sofridas pelo instituto da família após a promulgação da Constituição Federal de 1988, serão analisadas algumas questões sucessórias que se revelam a partir do recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos Recursos Extraordinários 898.060/SC, 646.721/RS e 878.694/MG, dotados de repercussão geral.<sup>324</sup>

#### 4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 E A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE

No dia 21/09/2016, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico, consolidando a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica,

<sup>324</sup> No presente trabalho também caberia a análise do Recurso Extraordinário nº 883.168/SC, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ao qual foi atribuído o efeito de repercussão geral para discussão da possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários (tema nº 526) e do Recurso Extraordinário nº 1.045.273/SE, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ao qual foi atribuído o efeito de repercussão geral para discussão da possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte (tema nº 529). No entanto, optou-se por não examinar os mencionados recursos porque, até o momento, sequer foram pautados para julgamento. De todo modo, registra-se a relevância dos temas pelas questões que poderão suscitar também no direito das sucessões na hipótese do reconhecimento jurídico de uma família e de conjugalidades concomitantes. Isso porque, embora a matéria tenha sido suscitada no âmbito do direito previdenciário, não há como realizar uma leitura isolada de matéria também atrelada ao direito de família e ao direito das sucessões.

com os efeitos jurídicos próprios” (Repercussão Geral nº 622). Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a possibilidade jurídica da multiparentalidade.

A tese jurídica foi fixada no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC<sup>325</sup>, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que o Tribunal Pleno, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de um pai biológico contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo com o pai socioafetivo.<sup>326</sup>

No Recurso Extraordinário, o recorrente sustentava a necessidade de preponderância da paternidade socioafetiva sobre a paternidade biológica, com fundamento nos artigos 226, §§ 4º e 7º, 227, *caput* e § 6º, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988. Defendia que essa preponderância não representaria fuga de responsabilidade, mas sim impediria que a conveniência de um indivíduo opte pelo reconhecimento ou não da paternidade apenas em razão de possíveis efeitos patrimoniais que seriam gerados, razão pela qual pugnava que fosse mantido apenas o vínculo biológico sem reconhecimento de paternidade.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou pela ausência de óbice legal ao reconhecimento concomitante de paternidades decorrentes de vínculos diversos, uma vez que a Constituição Federal de 1988 não admite restrições injustificadas às diferentes formas de constituição de família. Além disso, defendeu a impossibilidade de fixar, em abstrato, a prevalência entre a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva. Assim sendo, opinou que em cada caso concreto deve ser verificado se estão presentes elementos para a concomitância dos vínculos ou para a prevalência de um deles.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux concluiu que o princípio da paternidade responsável não impede o reconhecimento simultâneo da paternidade biológica e da paternidade socioafetiva, com todos os seus efeitos jurídicos (nome, alimentos,

---

<sup>325</sup> STF. **RE 898.060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 21/09/2016.

<sup>326</sup> Sobre o não provimento do Recurso Extraordinário, Ricardo Calderón assevera: “Processualmente, esta decisão do STF foi pelo improvimento do Recurso Extraordinário do pai biológico, mas com a declaração de que era possível a manutenção de ambas as paternidades de forma concomitante (socioafetiva e biológica) em coexistência no referido caso concreto. Entretanto, como o STF alterou alguns aspectos da decisão do Tribunal Estadual, tecnicamente parece que o mais indicado seria reconhecer um parcial provimento do recurso interposto do pai biológico, já que não houve a manutenção da íntegra da decisão recorrida (...)” (CALDERÓN, Ricardo. Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC. **Revista IBDFAM**: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 178, jul./ago. 2017).

herança, etc.), levando em consideração: (i) a necessidade de valorização do direito dos indivíduos de serem senhores dos próprios destinos, de definir e de expressar a sua identidade; (ii) a impossibilidade de hierarquização entre as formas de filiação, tendo em vista a impossibilidade de engessamento da configuração familiar; e (iii) a possibilidade jurídica da multiparentalidade.<sup>327</sup>

O voto do Ministro Luiz Fux foi acompanhado pela maioria dos ministros: Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Por outro lado, restaram vencidos, em parte, os votos dos Ministros Edson Fachin e Teori Zavascki. O Ministro Edson Fachin divergiu por entender que o vínculo socioafetivo é o que se impõe juridicamente no caso concreto, enquanto o Ministro Teori Zavascki divergiu por entender que a

---

<sup>327</sup> Em virtude da importância, destaca-se o seguinte trecho ementado atinente à fundamentação do acórdão: “(...) 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares (...). 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). (...)” (STF. **RE 898.060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 21/09/2016)

paternidade biológica não gera necessariamente a relação de paternidade do ponto de vista jurídico. O Ministro Roberto Barroso não participou do julgamento.

A respeito do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, Ricardo Calderón, que atuou como advogado no julgamento, representando o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, como *amicus curiae*<sup>328</sup>, explica:

A decisão responsabiliza a paternidade biológica e respeita a paternidade socioafetiva consolidada, evitando que, para fazer valer seus direitos perante o ascendente genético, o filho tenha que afastar a paternidade socioafetiva com a qual já conviveu há muitos anos. Ao assim decidir, também se evita que a paternidade socioafetiva de outrem seja indevidamente utilizada como “escudo de defesa” apenas para irresponsabilizar o pai biológico, o que não parece adequado.<sup>329</sup>

No tocante à redação da tese jurídica, acompanharam o voto do Ministro Relator a maioria dos ministros: Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmén Lúcia. Por outro lado, restaram vencidos, em parte, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio.

O Ministro Dias Toffoli divergiu defendendo que, a despeito de não existir hierarquia entre família biológica e família socioafetiva, sob o aspecto da parentalidade, há sim prevalência do vínculo biológico sobre o vínculo meramente socioafetivo. Assim, sugeriu que a tese jurídica fosse fixada com a seguinte redação: “O reconhecimento posterior de parentesco biológico não invalida necessariamente o registro do parentesco socioafetivo, admitindo-se nessa situação o duplo registro com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, inclusive para fins sucessórios”. Já o Ministro Marco Aurélio divergiu por entender que a tese proposta não reflete a conclusão alcançada no julgamento do Recurso Extraordinário.

Paulo Lôbo assevera que, embora na tese jurídica tenha sido utilizada a expressão *paternidade socioafetiva*, a alusão abarca também a maternidade socioafetiva, pois eventual exclusão iria de encontro aos próprios fundamentos que

<sup>328</sup> Na ocasião do julgamento, o IBDFAM sustentou que, uma vez que a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos deixou de existir com a Constituição Federal de 1988, a paternidade biológica e a paternidade socioafetiva devem ser reconhecidas juridicamente em condições de igualdade material. Defendeu, ainda, que a paternidade socioafetiva não pode ser impugnada com fundamento exclusivo na origem biológica.

<sup>329</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 228.

embasaram o entendimento consolidado.<sup>330</sup> Esse posicionamento é corroborado pela decisão proferida no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 933.945/GO pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a Segunda Turma aplicou a tese jurídica da multiparentalidade para o reconhecimento de maternidade socioafetiva.<sup>331</sup> Além disso, o jurista destaca como relevante o fato de a tese jurídica reconhecer que os efeitos jurídicos da filiação socioafetiva não dependem de registro público.<sup>332</sup>

O entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC foi celebrado por diversos juristas em razão dos reflexos que traz ao direito de família e pela esperança que instaura diante de novos desafios.<sup>333</sup> Como menciona Renata Vilela Multedo, “a decisão operou duas transformações: admitiu a não prevalência da paternidade biológica em relação à socioafetiva e, ainda, rompeu com o paradigma da biparentalidade por meio do reconhecimento da multiparentalidade no caso concreto.”<sup>334</sup>

Contudo, a decisão não está imune a críticas, notadamente porque deixou diversas questões em aberto e porque poderá permitir o aforamento de demandas com intuitos exclusivamente patrimoniais.<sup>335-336</sup>

A multiparentalidade, também denominada de pluriparentalidade, foi fomentada a partir da consolidação da família contemporânea, cujo fundamento está

<sup>330</sup> LÔBO, Paulo. Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 22, jul./ago. 2017.

<sup>331</sup> Por oportuno, destaca-se: “O tema discutido nos autos é a prevalência da maternidade socioafetiva em detrimento da maternidade biológica. Em julgamento semelhante, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema discutido neste recurso. No exame do RE 898.060, de relatoria do Luiz Fux (Tema 622), DJe 29.09.2016, o Plenário desta Corte fixou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Ante o exposto, com base no artigo 21, § 2º, do RISTF, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente o pedido da ação rescisória e reconhecer o vínculo socioafetivo entre os Recorrentes e sua madrasta, em razão de ação declaratória de adoção póstuma, bem como todos os direitos daí decorrentes.” (STF. **ARE 933.945/GO**. Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, unânime, julgado em 01/02/2017).

<sup>332</sup> LÔBO, Paulo. op. cit., loc. cit.

<sup>333</sup> Exemplo da importância da decisão é visto no fato de que em 2013 o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM já havia editado enunciado prescrevendo que a multiparentalidade gera efeitos jurídicos (Enunciado nº 9).

<sup>334</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 82-83.

<sup>335</sup> Nesse sentido, cf. SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?** part. 2. 3 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

<sup>336</sup> Essa preocupação será analisada mais adiante no presente capítulo.

centrado na afetividade. Nessa esteira, Ricardo Calderón indica como outros fatores principais que provocaram a possibilidade de casos de multiparentalidade a *desbiologização da paternidade*<sup>337</sup> e o aumento no número de famílias recompostas.<sup>338</sup>

Identifica-se a multiparentalidade pela existência do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. Em outras palavras, há multiparentalidade quando mais de duas pessoas preenchem um dos três critérios que fundam o vínculo parental, que são identificados, a partir da previsão do artigo 1.593 do Código Civil de 2002, quais sejam; (i) critério jurídico, pautado em presunções; (ii) critério biológico, comprovado pelo exame de DNA; e (iii) critério socioafetivo, baseado na posse de estado de filho.<sup>339</sup>

Em virtude da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal, havendo no caso concreto a simultaneidade de paternidade biológica e paternidade socioafetiva, bem como inexistindo impedimento legal para essa concomitância, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade é medida que se impõe. Ou seja, havendo paternidades concomitantes, “nenhuma delas deve ser considerada predominante e/ou excludente, de caráter sucessivo ou não.”<sup>340</sup> O vácuo deixado pelo legislador não deve impedir que se proteja com rigor e protagonismo a realidade concreta.

Entretanto, como explica Ricardo Calderón, a decisão exarada “não deverá incidir indistintamente nos casos de adoção ou de reprodução assistida heteróloga (com doação de material genético), visto que não foi esta a matriz constante da *ratio decidendi* da referida deliberação judicial”.<sup>341-342</sup> Diante disso, é possível afirmar que

<sup>337</sup> Sobre a temática, cf. VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, v. 21, p. 401-419, 1979 e FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

<sup>338</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 213-215.

<sup>339</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Filiação biológica, socioafetiva e registral. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 350.

<sup>340</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 324.

<sup>341</sup> CALDERÓN, Ricardo. Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 191, jul./ago. 2017.

<sup>342</sup> No tocante aos casos de adoção, Anderson Schreiber alerta: “Outra dúvida importante que também terá de ser respondida é se o entendimento do STF produzirá algum efeito sobre a adoção, em que pese a convicção exposta por alguns Ministros de que o instituto da adoção não sofreria qualquer alteração. Como se sabe, por expressa disposição do artigo 41 do Estatuto da Criança e do

a tese jurídica fixada alcança a multiparentalidade decorrente da existência de famílias recompostas, filhos de criação, adoção à brasileira, dentre outras situações.

Para Paulo Lôbo, além da filiação decorrente da adoção e aquela oriunda de inseminação artificial heteróloga, a tese jurídica também não se aplica aos casos de parentalidade biológica originária e declarada no registro civil, que nunca foi antecedida por parentalidade socioafetiva. Ou seja, a tese jurídica não pode ser entendida de modo inverso, “aplicando-se apenas à situação de filiação socioafetiva consolidada, registrada ou não, que foi contrastada, posteriormente, pelo reconhecimento voluntário ou não de parentalidade biológica”.<sup>343</sup>

Todavia, o próprio jurista reconhece a possibilidade de entender pela aplicabilidade da tese jurídica de modo inverso com fundamento no princípio da igualdade jurídica das filiações, bem como na constatação que a “superveniência da filiação socioafetiva à filiação biológica é dado de realidade constante e não pode ser desconsiderado pelo Direito”. Essas razões permitiriam concluir também pela possibilidade de reconhecimento jurídico de paternidades socioafetivas concomitantes.<sup>344</sup>

Atrelado ao reconhecimento jurídico da multiparentalidade *a posteriori* realizado pelo Supremo Tribunal Federal, existem julgados que reconhecem a multiparentalidade *a priori*, isto é, planejada antes do nascimento.<sup>345</sup>

---

Adolescente, a adoção rompe o vínculo do menor com a família biológica, contrariamente ao que ocorre, como decidiu o STF, no caso da paternidade socioafetiva. Haveria aí uma incoerência do sistema jurídico? Deve a disciplina da adoção ser alterada? A indagação é relevante especialmente quando se pensa naquelas “adoções” feitas sem atos jurídicos formais, por meio do simples acolhimento no lar – situação que é tão frequente no Brasil que foi batizada pelos juristas com o nome sintomático de adoção “à brasileira”. Nesses casos, adoção e paternidade socioafetiva, embora correspondam a institutos jurídicos distintos, confundem-se na realidade dos fatos, de modo que disciplinas jurídicas diversas podem gerar inconsistências injustificadas no que tange aos efeitos produzidos sobre o dado real.” (SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. 26 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>> . Acesso em: 7 jan. 2018).

<sup>343</sup> LÔBO, Paulo. **Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF**. 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6123/Jurista+comenta+repercussão+da+tese+sobre+multiparentalidade++fixada+pelo+STF>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

<sup>344</sup> Idem. Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 22, jul./ago. 2017.

<sup>345</sup> Renata Vilela Multedo aponta como exemplo do reconhecimento da multiparentalidade *a priori* a decisão proferida, 7 de agosto de 2015, nos autos nº 0318249-86.2015.8.24.0023 pelo juízo da 2ª Vara de Família de Florianópolis/SC, “que concedeu liminar requerida por um casal homoafetivo de mulheres e seu amigo, que engravidou uma delas, para que, ao nascimento da criança, os três fossem registrados em sua certidão de nascimento como pais”. (MULTEDO, Renata Vilela.

O reconhecimento jurídico da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal, além de repercutir com intensidade no âmbito do direito de família, repercute também no âmbito do direito das sucessões, pois abre a possibilidade de uma pessoa herdar de dois pais (ou mães) diferentes.<sup>346</sup>

Sobre tal possibilidade, Luiz Paulo Vieira Carvalho recorda que o direito à herança é cláusula pétrea e, assim sendo, havendo o reconhecimento jurídico da multiparentalidade no caso concreto, “o recolhimento múltiplo de direito sucessório paterno ou materno nada mais é do que efeito natural e consequente da morte de quaisquer dos ascendentes a favor do descendente de primeiro grau.”<sup>347</sup>

Na mesma linha, Ricardo Calderón assevera:

Filhos de relação multiparental terão três (ou mais) ascendentes, de modo que naturalmente deverão exercer o direito de herança em face desses três (ou mais) ascendentes, respeitando-se o princípio da igualdade na filiação (art. 227, § 6º, CF). O direito de herança é um direito que decorre diretamente da filiação, o que não poderá ser diferente nos casos de filiação múltipla. Como visto, não se pode cogitar de filho sem direito à herança no nosso atual sistema civil-constitucional, bem como inexistente limitação constitucional ao número de vezes que esse direito pode ser exercido. Ainda, há que se observar que o direito de herança também possui agasalho constitucional (art. 5º, XXX, CF), o que exige sua estrita observância.<sup>348</sup>

Paulo Lôbo também menciona que a sucessão por morte deve ser assegurada ao filho de pais concomitantes biológicos e socioafetivos, em igualdade de condições, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade entre filhos de qualquer origem. Acrescenta que o fato do filho ser herdeiro necessário de ambos os pais e de ter, portanto, vantagem em relação aos demais herdeiros necessários de

---

**Liberdade e família:** Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 193-194).

<sup>346</sup> Além do direito de herdar de ambos os pais, são arrolados por Ricardo Calderón como outros efeitos da tese jurídica fixada: (i) a existência da paternidade biológica não impede o reconhecimento concomitante da paternidade socioafetiva; (ii) a necessidade de alteração do nome e registro da dupla filiação; (iii) a possibilidade de cogitar o compartilhamento da guarda e do reconhecimento do direito à convivência familiar a dois pais (ou mães) e mãe (ou pai); e (iv) a necessidade de observar a multiparentalidade quando do arbitramento de alimentos ao filho ou na prestação de alimentos pelo filho aos pais idosos. (CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 229-231).

<sup>347</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 332.

<sup>348</sup> CALDERÓN, Ricardo. op. cit., p. 232.



cada um em virtude de possuir duplo direito à herança não é razão suficiente a impedir a obtenção do direito.<sup>349</sup>

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que a tese jurídica acerca da possibilidade de reconhecimento simultâneo da paternidade biológica e da paternidade socioafetiva suscita notadamente os seguintes questionamentos envolvendo o direito das sucessões: (i) havendo multiparentalidade, como será a participação dos ascendentes na sucessão do filho que não deixar descendentes? e (ii) é possível o reconhecimento da multiparentalidade *post mortem* para fins sucessórios?

Essas perguntas serão analisadas de modo específico a seguir. Antes, porém, imperioso registrar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal até o momento não transitou em julgado, pois pendente a análise de embargos de declaração opostos em face do acórdão.<sup>350</sup> Portanto, existe a possibilidade dos questionamentos apresentados serem resolvidos ou, ainda, sofrerem novos desdobramentos ainda no âmbito do Recurso Extraordinário nº 898.060/SC.

#### 4.1.1 Havendo multiparentalidade, como será a participação dos ascendentes na sucessão do filho que não deixar descendentes?

Diante da possibilidade do filho herdar de dois pais (ou mães) diferentes, Anderson Schreiber recorda que o contrário também poderá ocorrer, uma vez que a tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal produz efeitos em ambas as direções.<sup>351</sup> Assim, surge o questionamento sobre o que ocorre na hipótese do filho falecer antes dos pais e sem deixar descendentes, pois o §2º do artigo 1.836 do Código Civil de 2002 prescreve que, “havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da

<sup>349</sup> LÔBO, Paulo. Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 26, jul./ago. 2017.

<sup>350</sup> Tendo em vista que o processo tramita em segredo de justiça, não há informações acerca do conteúdo dos embargos de declaração.

<sup>351</sup> SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. 26 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>> . Acesso em: 7 jan. 2018.

linha materna”<sup>352</sup>. Ou seja, de acordo com o dispositivo, em primeiro grau, o pai e a mãe recebem cada um a metade da herança destinada aos ascendentes.<sup>353</sup>

Com fundamento no previsto na lei, Anderson Schreiber menciona que duas são as teses que podem ser adotadas para a divisão da herança na hipótese, por exemplo, de falecimento do filho antes dos dois pais e da mãe sem deixar descendentes: (i) atribuir metade da herança à mãe, enquanto cada pai recebe um quarto; ou (ii) dividir a herança igualmente em três partes, a fim de que a posição do pai não seja “diminuída” em relação à da mãe.<sup>354</sup>

Luiz Paulo de Vieira Carvalho advoga a favor da primeira tese, argumentando que a divisão da herança deve se dar primeiramente na linha paterna e materna e, somente após, considerando a quantidade de pais ou mães, a fim de que o comando trazido pelo §2º do artigo 1.836 do Código Civil de 2002 seja observado. Menciona que o previsto no dispositivo não pode ser desconsiderado tendo em vista a incidência da cláusula pétrea contida no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.<sup>355</sup>

No entanto, o jurista pontua que há aqueles que defendam ser cabível a divisão igualitária da herança entre os ascendentes porque, quando da elaboração do Código Civil de 2002, “ainda não era crível a admissão da hipótese de multiparentalidade biológica e socioafetiva”. Acrescenta que os defensores da segunda tese sustentam que como a lei realiza uma divisão na linha ascendente, havendo multiparentalidade no caso concreto, cada herdeiro deve receber idêntico quinhão.<sup>356</sup>

Nesse sentido é o posicionamento de Christiano Cassettari. Em suas palavras: “a divisão igualitária se impõe, devendo a lei ser flexibilizada em razão do

<sup>352</sup> **Art. 1.836.** Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

§ 1º Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

§ 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

<sup>353</sup> A ressalva em relação à parcela destinada aos ascendentes se justifica porque, havendo cônjuge (ou companheiro) sobrevivente, estará preenchida no caso concreto hipótese de concorrência sucessória (CC/2002, artigos 1.829, inciso II, 1.836, *caput*, e 1.837).

<sup>354</sup> SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. 26 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>> . Acesso em: 7 jan. 2018.

<sup>355</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 333-334.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 334.

caso específico, já que as regras sucessórias não estavam preparadas para a multiparentalidade.”<sup>357</sup> Felipe Quintella também advoga em favor da tese de que a divisão da herança deve ocorrer por quantos forem os pais ou mães do falecido, independentemente do gênero.<sup>358</sup> Seguindo essa linha de pensamento, Ricardo Calderón articula que, ao menos nesse primeiro momento, a divisão igualitária da herança entre todos os ascendentes se revela como a resposta mais adequada ao problema.<sup>359</sup>

Tendo em vista a ausência de respostas prontas, certo é que ambos os posicionamentos se justificam. Ademais, considerando ser recente a decisão do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que, nesse momento, talvez o mais adequado seja aguardar o desenvolvimento da temática na doutrina e na jurisprudência.

De qualquer forma, evidente que o questionamento contribui para demonstrar o descompasso do direito das sucessões em relação à família contemporânea. As normas sucessórias, nos termos em que postas, não se compatibilizam com a multiparentalidade. Ademais, os esforços no sentido de desenvolver um direito das sucessões que efetive os valores constitucionais são ainda insuficientes, pois “as inúmeras transformações da família nas últimas décadas demonstram uma diversidade de situações concretas que a ordem jurídica ainda não conseguiu abarcar.”<sup>360</sup> Portanto, a lição de José de Oliveira Ascensão<sup>361</sup> no sentido de que o direito das sucessões faz com que em torno da herança desponham dramas familiares é novamente confirmada.

<sup>357</sup> CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 264.

<sup>358</sup> QUINTELLA, Felipe. **Efeitos sucessórios da pluriparentalidade**. 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/03/31/repensando-o-direito-civil-brasileiro-16-efeitos-sucessorios-da-pluriparentalidade/>> . Acesso em: 7 jan. 2018.

<sup>359</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 234.

<sup>360</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 6.

<sup>361</sup> “À volta da herança suscitam-se dramas familiares; assiste-se à dissolução precoce da coesão da família de sangue; e criam-se bloqueios no próprio fluir das relações patrimoniais. A lei não se mostra adequada para atalhar a este estado de coisas; talvez não esteja sequer interessada em fazê-lo. As soluções mais simples não são facilitadas. Tudo para gaúdio da burocracia (ASCENSÃO, José de Oliveira. **O herdeiro legítimo**. 6 dez. 1996, p. 6. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017).

#### 4.1.2 É possível o reconhecimento da multiparentalidade *post mortem* para fins sucessórios?

O reconhecimento jurídico da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu em face de caso concreto em que o pai biológico e o pai socioafetivo eram vivos. Em virtude disso, surge o questionamento sobre a possibilidade de se reconhecer a multiparentalidade *post mortem* para fins sucessórios. Esse questionamento é importante tendo em vista o fundado receio de diversos juristas no sentido de que a tese jurídica fixada resultará no aforamento de demandas com intuitos exclusivamente patrimoniais.<sup>362</sup>

Nessa esteira, Anderson Schreiber diz:

Há, ainda, o generalizado receio de que a posição adotada pelo STF possa gerar demandas mercenárias, baseadas em puro interesse patrimonial. Argumenta-se que a corte teria aberto as portas do Judiciário para filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas.<sup>363</sup>

Esse questionamento, assim como o anteriormente abordado, não encontra respostas prontas. Ao se enfrentar um caso concreto em que o filho, possuindo pai socioafetivo, busca o reconhecimento de paternidade biológica *post mortem* sem nunca ter convivido com o pai biológico, Ricardo Calderón aponta que duas são as teses que podem ser adotadas: (i) diante do evidente intuito patrimonial, reconhecer apenas a ascendência genética, mas não a filiação, o que afasta, consequentemente, o direito à herança; ou (ii) reconhecer a filiação com o pai biológico falecido, de modo que o filho será herdeiro necessário e participará da divisão da herança.<sup>364</sup>

O jurista afirma que, ainda que a escolha pela segunda tese aparente ser tranquila diante do que restou pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do

<sup>362</sup> Exemplo emblemático sobre a temática é o denominado *Caso H. Stern*, no qual dois irmãos cariocas, após exame de DNA, buscam o reconhecimento da paternidade biológica *post mortem* e, consequentemente, do direito à parte da herança do fundador da rede de joalherias H. Stern, embora não tenham convivido com o pai biológico. (CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 252-253).

<sup>363</sup> SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. 26 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>> . Acesso em: 7 jan. 2018.

<sup>364</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 383.

Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, esse fato não afasta a necessidade de reflexão sobre o questionamento.<sup>365</sup> Isso porque, embora não se negue a possibilidade do filho de relação multiparental buscar a tutela de direitos patrimoniais em face dos seus pais biológicos se assim pretender<sup>366</sup>, a opção acaba resultando na desconsideração da afetividade no âmbito sucessório, já que baseada na premissa de que o vínculo sanguíneo é suficiente para que haja o estabelecimento do direito à herança.<sup>367</sup>

Por outro lado, em face de caso concreto em que o filho busca o reconhecimento da paternidade socioafetiva *post mortem* para fins sucessórios, apesar da controvérsia sobre a aplicabilidade da tese jurídica de modo inverso<sup>368</sup>, certo é que somente se admitiria o pretendido se comprovada a estreita relação afetiva com o autor da herança, através da demonstração que, em vida, havia o exercício da autoridade parental e a posse de estado de filho, por exemplo.

Seguindo essa linha de pensamento, no caso concreto em que o filho, possuindo pai socioafetivo, busca o reconhecimento de paternidade biológica *post mortem* sem nunca ter convivido com o pai biológico, Christiano Cassettari defende a aplicação às avessas da socioafetividade, isto é, “para gerar perda de direito, pois, se a convivência com o pai afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse do estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela”.<sup>369</sup>

Ainda, Anderson Schreiber assevera:

Nesse particular, competirá aos juízes e tribunais separar, como sempre, o joio do trigo, empregando os mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para se evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo. O abuso do direito e a violação à boa-fé objetiva têm plena aplicação nesse campo, sendo de se lembrar que são instrumentos que atuam não apenas no interesse particular, mas também no interesse público de evitar a manipulação de remédios que são concedidos pelo ordenamento não de modo puramente estrutural, mas

<sup>365</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 381.

<sup>366</sup> Ibidem, p. 235-237.

<sup>367</sup> Ibidem, p. 381.

<sup>368</sup> Nesse sentido, cf. LÔBO. Paulo. **Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF**. 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6123/Jurista+comenta+repercussão+da+tese+sobre+multiparentalidade++fixada+pelo+STF>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

<sup>369</sup> CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 137.

sempre à luz de uma finalidade que se destinam a realizada.<sup>370</sup>

De todo modo, em virtude do exposto e considerando a previsão constitucional do direito à herança, a tendência é permitir o reconhecimento jurídico da multiparentalidade *post mortem* para fins sucessórios. Essa, inclusive, foi a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 28 de março de 2017, no julgamento do Recurso Especial nº 1.618.230/RS.<sup>371</sup>

No caso, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, a Terceira Turma, por unanimidade, reconheceu ao interessado, com aproximadamente 70 anos, o direito de herdar do pai biológico, embora já tivesse recebido a herança do pai socioafetivo. Em seu voto, o Ministro Relator consignou que o filho criado e registrado por pai socioafetivo não precisa negar sua paternidade biológica ou abdicar de direitos inerentes ao novo *status familiae*, como o direito à herança. A Ministra Nancy Andrighi, que também participou do julgamento, afirmou que, ainda que se possa especular sobre a demora do interessado em buscar pelo reconhecimento da paternidade biológica, uma vez comprovada, não se pode negar os efeitos jurídicos que dela decorrem.<sup>372</sup>

Na hipótese desse entendimento do Superior Tribunal de Justiça se consolidar na doutrina e jurisprudência, as dúvidas sobre a possibilidade de se questionar a natureza do interesse do filho e de se cogitar a ausência de boa-fé

<sup>370</sup> SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. 26 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>> . Acesso em: 7 jan. 2018.

<sup>371</sup> STJ. **REsp 1.618.230/RS**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, unânime, julgado em 28/03/2017.

<sup>372</sup> Diante da importância, destaca-se o ementado: “Recurso Especial. Direito de Família. Filiação. Igualdade entre filhos. Art. 227, § 6º, da CF/1988. Ação de Investigação de Paternidade. Paternidade socioafetiva. Vínculo biológico. Coexistência. Descoberta posterior. Exame de DNA. Ancestralidade. Direitos sucessórios. Garantia. Repercussão Geral. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.” (STJ. **REsp 1.618.230/RS**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, unânime, julgado em 28/03/2017).

objetiva desse interessado por esperar o falecimento do pai biológico para ajuizar ação de investigação de paternidade<sup>373</sup>, de certa forma, estarão resolvidas.

Todavia, a consolidação da temática não é tarefa fácil, pois, como alerta Anderson Schreiber, poderá existir caso em que o filho, “sabedor da existência de pai biológico doente e necessitado, omite-se por longos anos para, só com a morte do genitor, pretender sua herança”.<sup>374</sup>

Atrelado a isso, não se pode olvidar que, ao assentir com a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade *post mortem* para fins sucessórios com fundamento na premissa de que o vínculo sanguíneo é suficiente para que haja o estabelecimento do direito à herança, por vias transversas, está se reforçando o desacerto entre o direito das sucessões e a família contemporânea. Isso porque a sucessão por morte continuará sem depender da existência de afetividade entre o autor da herança e seus sucessores.

#### 4.2 RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 646.721 E 878.694 E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

No dia 10/05/2017, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que é ilegítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e companheiros, consolidando a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002” (Repercussão Geral nº 498 e 809).

A tese jurídica foi fixada tanto no Recurso Extraordinário 646.721/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, como no Recurso Extraordinário 878.694/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso. Na ocasião, o Tribunal Pleno julgou o primeiro e concluiu o julgamento do segundo, iniciado em 31/08/2016, para dar provimento aos recursos, por maioria de votos e nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, reconhecendo de forma incidental a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código

<sup>373</sup> CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 386.

<sup>374</sup> SCHREIBER, Anderson. Multiparentalidade e seus reflexos. **Revista Informativa IBDFAM: Multiparentalidade: vínculos que se entrelaçam**, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 29 ed., p. 12, out./nov. 2016.

Civil de 2002<sup>375</sup> e declarando o direito dos respectivos recorrentes a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no artigo 1.829 do mencionado diploma<sup>376</sup>.

O Recurso Extraordinário 646.721/RS tratava acerca do regime sucessório cabível ao companheiro homoafetivo de quarenta anos do autor da herança que, diante da inexistência de descendentes ou testamento, estava a concorrer com a mãe do falecido. O recorrente sustentava a inconstitucionalidade do regime jurídico atribuído ao companheiro porque, em decorrência da aplicação do artigo 1.790, *caput* e inciso III, do Código Civil de 2002 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, teria direito apenas a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, cabendo os bens remanescentes à mãe do falecido. Entretanto, caso fosse casado, teria direito a 50% da totalidade dos bens, nos termos do artigo 1.837 do mencionado diploma.

Por sua vez, o Recurso Extraordinário 878.694/MG versava sobre o regime sucessório cabível à companheira de nove anos do autor da herança que, em virtude da inexistência de descendentes ou ascendentes, assim como de testamento, estava a concorrer com três irmãos do falecido. A recorrente alegava a inconstitucionalidade do regime sucessório atribuído ao companheiro porque, em virtude da aplicação do artigo 1.790, *caput* e inciso III, do Código Civil de 2002 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, teria direito apenas a um terço da herança dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, cabendo os demais bens integralmente aos irmãos do autor da herança. Todavia, caso fosse casada, teria direito à totalidade da herança, nos termos do artigo 1.829, inciso III, do mencionado diploma.

---

<sup>375</sup> **Art. 1.790.** A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

**I** - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

**II** - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

**III** - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

**IV** - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

<sup>376</sup> **Art. 1.829.** A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

**I** - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

**II** - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

**III** - ao cônjuge sobrevivente;

**IV** - aos colaterais.



Em ambos, a Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo não provimento do recurso extraordinário, com fundamento na necessidade de observância da autonomia da vontade dos cidadãos na escolha do regime jurídico quando da constituição da unidade familiar, bem como na afirmação que a Constituição Federal de 1988 tratou de forma assimétrica a união estável e o casamento.

Em seu voto, abrindo divergência no primeiro e como relator no segundo, o Ministro Roberto Barroso concluiu que inexistente fundamento constitucional que autorize desequiparar os cônjuges e companheiros para fins sucessórios, levando em consideração: (i) a estreita relação entre família e o direito das sucessões; (ii) a transformação da concepção jurídica de família a partir da Constituição Federal de 1988 e a progressiva equiparação legal entre os cônjuges e companheiros através das Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996; (iii) a interrupção dessa evolução com o advento do artigo 1.790 do Código Civil de 2002; (iv) o papel do Estado na tutela das entidades familiares; (v) a inexistência de hierarquia constitucional entre as formas de constituição de família; e (vi) a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade em sua dimensão positiva (proibição da proteção deficiente) e da vedação ao retrocesso.<sup>377</sup>

Entre 31/08/2016 e 10/05/2017, o voto do Ministro Roberto Barroso foi acompanhado pela maioria dos ministros: Alexandre de Moraes, Edson Fachin,

---

<sup>377</sup> Em virtude da importância, destaca-se o seguinte trecho ementado atinente à fundamentação do acórdão: “Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. (...)” (STF. **RE 646.721/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 10/05/2017).

Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia.<sup>378</sup> Por outro lado, restaram vencidos os Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. O Ministro Gilmar Mendes não participou dos julgamentos.

O Ministro Dias Toffoli, citando argumentos extraídos dos debates acerca do Código Civil de 2002 na Câmara dos Deputados, sustentou que deve ser respeitada a opção feita pelos indivíduos que decidem se submeter ao regime jurídico da união estável. O Ministro Marco Aurélio afirmou que a Constituição Federal de 1988 não igualou o casamento e a união estável, consequentemente, não cabe ao Poder Judiciário suprimir a escolha legítima dos particulares, sob pena de violação do direito à liberdade e de autodeterminação. Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski sustentou que, na dúvida, impositivo presumir a constitucionalidade da diferenciação dos regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros em prol do legislador.

A decisão sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 teve os seus efeitos modulados. Em busca da segurança jurídica, a tese jurídica deve ser aplicada aos processos de inventário em curso fundados em sucessão aberta na vigência do Código Civil de 2002, desde que não haja decisão transitada em julgado. Havendo sentença ou acórdão sem trânsito em julgado e proferido com fundamento no dispositivo declarado inconstitucional, esse deverá ser revisto em superior instância. Os inventários extrajudiciais também devem ser elaborados de acordo com o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

A respeito da tese jurídica fixada, Ana Luiza Maia Nevares, que atuou como advogada no julgamento, representando o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, como *amicus curiae*<sup>379</sup>, explica que o entendimento representa importante vitória às famílias que vivem sem oficialização, assim como à segurança jurídica, pois os anacronismos jurídicos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 afligem a sociedade desde sua entrada em vigor.<sup>380</sup> Tanto é assim que, antes da decisão do

<sup>378</sup> Com exceção dos Ministros Teori Zavascki e Celso de Mello, que votaram somente no Recurso Extraordinário 878.694/SC, e do Ministro Alexandre de Moraes, que votou apenas no Recurso Extraordinário 646.721/RS, os demais participaram e acompanharam o voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento de ambos os recursos extraordinários.

<sup>379</sup> Na ocasião do julgamento, o IBDFAM sustentou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 porque afronta os princípios da não hierarquização das entidades familiares, da não discriminação, da igualdade e da vedação ao retrocesso.

<sup>380</sup> “Dentre outros anacronismos jurídicos, o citado artigo 1.790 só admite que o convivente sobrevivente tenha direito sucessório quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, podendo, assim, a herança deixada pelo falecido ser destinada ao Estado, quando não houver dita categoria de bens e outros parentes sucessíveis, prevendo, ainda, a concorrência do

Supremo Tribunal Federal, mais de dez incidentes de declaração de inconstitucionalidade envolvendo o artigo, no todo ou em parte, foram julgados por Tribunais de Justiça<sup>381</sup>, sem que tenha sido alcançado, todavia, qualquer consenso sobre a temática.

Contudo, o entendimento no sentido de equiparar os regimes sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, sejam esses relacionamentos heteroafetivos ou homoafetivos<sup>382</sup>, não está imune a críticas. A decisão do Supremo Tribunal Federal é criticada por aqueles que entendiam pela constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002<sup>383</sup>, mas também porque os Ministros não refletiram sobre diversas inconsistências do mencionado diploma e não indicaram a extensão dos efeitos da equiparação realizada.

Especificamente sobre a extensão dos efeitos da decisão, três são as teses que podem ser adotadas em face dos julgados: (i) houve a equiparação dos regimes jurídicos do cônjuge e do companheiro apenas em relação às matérias contidas no artigo 1.790 do Código Civil de 2002; (ii) houve a equiparação dos regimes jurídicos do cônjuge e do companheiro nos aspectos relacionados à função do casamento e da união estável, mas não no que tange à estrutura; e (iii) houve a plena equiparação dos regimes jurídicos do cônjuge e do companheiro em todos os âmbitos.

---

cônjuge sobrevivente com os parentes colaterais do autor da herança em proporção vantajosa para esses últimos, que recebem 2/3 dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, cabendo o 1/3 restante para o convivente supérstite, quando o cônjuge, na mesma situação, afasta os colaterais da sucessão do consorte falecido.” (NEVARES, Ana Luiza Maia. Casamento ou união estável? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 8, p. 163, abr./jun. 2016).

<sup>381</sup> A respeito, anote-se que a tese da constitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 foi adotada pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal, Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo. Em contrapartida, os Tribunais de Justiça de Goiás, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Sergipe adotaram a tese da inconstitucionalidade do regime sucessório atribuído ao companheiro, no todo ou em parte. Por fim, o Tribunal de Justiça do Paraná adotou a tese da constitucionalidade quanto ao inciso II e a tese da inconstitucionalidade em relação ao inciso III, ambos do mencionado artigo.

<sup>382</sup> A abrangência aos relacionamentos homoafetivos foi expressamente declarada pelos Ministros quando da fixação da tese jurídica e, de fato, não poderia ser diferente, tendo em vista o entendimento consolidado quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 05/05/2011, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, bem como em razão do próprio Recurso Extraordinário 646.721/RS versar sobre direitos sucessórios decorrentes de união estável homoafetiva.

<sup>383</sup> Nesse sentido, cf. DELGADO, Mário Luiz. **Não cabe ao Judiciário conferir à relação informal os efeitos da sociedade conjugal**. 7 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/processo-familiar-nao-cabe-judiciario-dar-relacao-informal-efeitos-casamento>>. Acesso em: 12 jan. 2018 e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Regime sucessório da união estável não é inconstitucional**. 19 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

Essa indagação sobre a extensão dos efeitos da decisão de equiparação não encontra resposta fácil. José Fernando Simão está entre os que afirmam que a equiparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal se estende para todos os fins, tornando a união estável um *casamento forçado*.<sup>384</sup>

Em sentido diverso, Anderson Schreiber defende que, embora a união estável, por definição, prescindida de reconhecimento estatal, deve ser compreendida como entidade familiar *diversa* e não como estrutura familiar *inferior* ao casamento. Contudo, explica que a ausência de hierarquia não significa a plena equiparação entre a união estável e o casamento, justamente porque a primeira difere fundamentalmente da segunda quanto à forma de constituição. Assim sendo, a equiparação diz respeito aos direitos dos conviventes.<sup>385</sup>

O cônjuge herda não porque tenha havido prévia chancela do Estado à sua relação familiar, mas porque conviveu familiarmente com o *de cujus*. E tal convivência familiar existe de igual modo na união estável. Assim, não há razão legítima para que o legislador diferencie o cônjuge do companheiro em relação ao seu *quantum* hereditário.<sup>386</sup>

Diante disso, o jurista defende que a equiparação do casamento e da união estável somente para fins de normas da solidariedade, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens, por exemplo.<sup>387</sup>

No mesmo sentido, Ana Luiza Maia Nevares menciona que, nos aspectos relacionados à estrutura, não será possível equiparar a união estável ao casamento, pois esse é formado por ato formal, público e solene, enquanto aquele é informal. Por outro lado, nos aspectos relacionados à função, isto é, “ao seu resultado de constituição de família, como um lugar privilegiado de proteção da pessoa humana, a igualdade é salutar, sob pena de discriminarmos pessoas pelo simples fato de terem constituído entidades familiares diversas.”<sup>388</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, Renata Vilela Multedo sintetiza:

<sup>384</sup> SIMÃO, José Fernando. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC?** 25 dez. 2016. part. 2. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

<sup>385</sup> SCHREIBER, Anderson. **União Estável e casamento: uma equiparação?** 2 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

<sup>386</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>387</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>388</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Casamento ou união estável? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 8, p. 165, abr./jun. 2016.

A união estável é essencialmente distinta do casamento, não havendo motivo para a interpretação estrutural que equipara as duas entidades em direitos e deveres recíprocos. A primeira é muito mais fluida e flexível, e a segunda é mais formal e rígida. Não obstante, ambos os modelos são merecedores da mesma tutela estatal, embora preservem aspectos distintos em sua essência.<sup>389</sup>

Por fim, Felipe Viana de Mello afirma que a decisão do Supremo Tribunal Federal “é louvável e merecedora de aplausos, pois extirpou de nosso ordenamento jurídico dispositivo que trouxe enorme retrocesso à união estável”, entretanto, a equiparação do cônjuge e do companheiro está limitada ao contido no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, não devendo ser estendida às demais regras sucessórias, notadamente as que envolvem a sucessão testamentária.<sup>390</sup>

Partindo dessas críticas em relação às inconsistências que permanecem no regime sucessório do companheiro e das teses quanto à extensão dos efeitos da decisão, é possível indicar que a tese jurídica sobre a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 intensifica, dentre outros, os seguintes questionamentos: (i) o companheiro é herdeiro necessário? e (ii) como será a participação do companheiro se preenchida a hipótese do artigo 1.830 do Código Civil de 2002?

Essas perguntas serão analisadas de modo específico a seguir. Antes, porém, imperioso registrar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal até o momento não transitou em julgado, pois pendente a análise de embargos de declaração opostos em face do acórdão.<sup>391</sup> Portanto, existe a possibilidade dos questionamentos apresentados serem resolvidos ou sofrerem, inclusive, novos desdobramentos ainda no âmbito dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG.

<sup>389</sup> MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família**: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 306.

<sup>390</sup> MELLO, Felipe Viana de. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM**: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 147 e 154, jul./ago. 2017.

<sup>391</sup> Em face do acórdão proferido foram opostos, dentre outros, embargos de declaração pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, na qualidade de *amicus curiae*, arguindo omissão sobre o fato de ao companheiro serem estendidos os demais dispositivos pertinentes ao regime sucessório do cônjuge. Ainda, a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, também na qualidade de *amicus curiae*, opôs embargos de declaração sustentando omissão sobre a qualidade do companheiro como herdeiro necessário, bem como contradição na forma que realizada a modulação dos efeitos da decisão que determinou a aplicação do regime sucessório do artigo 1.829 do Código Civil de 2002 ao companheiro.

#### 4.2.1 O companheiro é herdeiro necessário?

A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002 intensificou o questionamento acerca do enquadramento sucessório do companheiro como herdeiro necessário em razão da ausência de posicionamento firme do Supremo Tribunal Federal, ao menos até o momento, acerca da extensão do entendimento fixado.

Antes do julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, esse questionamento já vinha sendo enfrentado na doutrina e na jurisprudência em virtude da inconsistência do Código Civil de 2002 acerca da temática, pois, enquanto o artigo 1.845<sup>392</sup> é taxativo ao incluir como herdeiros necessários tão somente os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, o artigo 1.850<sup>393</sup> apenas menciona a possibilidade do testador afastar os colaterais da sucessão por morte, nada dispondo a respeito do companheiro.<sup>394</sup>

A partir da tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Daniele Chaves Teixeira entendem que o companheiro é herdeiro necessário, afirmando se tratar da interpretação mais adequada.<sup>395-396</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, Flávio Tartuce sustenta que, ainda que a questão seja tormentosa e traga inúmeras consequências no âmbito sucessório, os fundamentos do voto do Ministro Roberto Barroso permitem concluir pela inclusão do companheiro ao lado do cônjuge no rol de herdeiros necessários.<sup>397</sup> Assim, elenca como consequências desse posicionamento:

a) incidência das regras previstas entre os arts. 1.846 e 1.849 do CC/02 para o companheiro, o que gera restrições na doação e no testamento, uma

<sup>392</sup> **Art. 1.845.** São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>393</sup> **Art. 1.850.** Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

<sup>394</sup> Sobre o artigo 1.850 do Código Civil de 2002, em texto anterior ao entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, Marcelo Truzzi Otero defende que, embora o dispositivo não consigne expressamente o companheiro, esse fato “não deve ser interpretado como forma de emprestar ao companheiro a condição de herdeiro necessário, mas como uma desatenção do legislador, mais especificamente a um deficiente trabalho de revisão do Código Civil.” (OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27).

<sup>395</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 419.

<sup>396</sup> TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73.

<sup>397</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 156.

vez que o convivente deve ter a sua parte legítima protegida, como herdeiro reservatário ou necessário; b) o companheiro passa a ser incluído no art. 1.974 do Código Civil, para os fins de rompimento de testamento, caso ali também se inclua o cônjuge; c) o convivente tem o dever de colacionar os bens recebidos em antecipação (arts. 2.002 a 2.012 do CC), sob pena de sonegados (arts. 1.992 a 1.996), caso isso igualmente seja reconhecido ao cônjuge.<sup>398</sup>

Em contrapartida, Mario Luiz Delgado pontua que, embora a equiparação entre cônjuges e companheiros não se limite ao contido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, já que diretamente relacionado com diversos outros dispositivos do mencionado diploma, a equiparação está restrita “às regras atinentes à concorrência sucessória e ao cálculo dos quinhões hereditários”, não abrangendo, portanto, o artigo 1.845, que enumera os herdeiros necessários.<sup>399</sup>

Felipe Viana de Mello também defende que a tese jurídica não resulta na identificação do companheiro como herdeiro necessário por três motivos: (i) apenas o artigo 1.790 do Código Civil de 2002, atrelado à sucessão legal, foi objeto de apreciação, não sendo possível, portanto, interpretar extensivamente a inconstitucionalidade, a fim de atingir também a sucessão testamentária; (ii) ao companheiro deve ser assegurada a liberdade de reservar seus bens apenas aos seus descendentes ou ascendentes por meio do testamento, pois, caso contrário, a tese jurídica do Supremo Tribunal Federal resultará na imposição do casamento para efeitos sucessórios; e (iii) a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários trará enorme insegurança jurídica, pois culminará no rompimento de cláusulas testamentárias, a depender se o autor da herança tinha conhecimento ou não da existência do companheiro.<sup>400</sup>

Especificamente quanto ao terceiro motivo, acrescenta:

O próprio questionamento já demonstra a total insegurança quanto ao cumprimento dos testamentos em tais situações, porque se o parceiro supérstite, eventualmente, ajuizar ação de reconhecimento de união estável post mortem e lograr êxito em sua pretensão, não será possível verificar se o falecido já sabia ou não da existência do herdeiro necessário, de modo a verificar a consequência jurídica no ato de última vontade – redução ou rompimento – até mesmo pela dificuldade de se apontar, de modo preciso,

<sup>398</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 156.

<sup>399</sup> DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 23, p. 52-53, set./out. 2017.

<sup>400</sup> MELLO, Felipe Viana de. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 151-154, jul./ago. 2017.

o termo inicial da constituição familiar. O que dizer, ainda, dos testamentos já lavrados por companheiros antes da decisão do STF? Serão eles rompidos de modo imediato, diante da possível inclusão deste indivíduo no rol do art. 1.845 do Código Civil?<sup>401</sup>

O jurista afirma que o posicionamento adotado está em conformidade com o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, pois, ao traçar paralelo entre a informalidade e a constituição de entidades familiares, manifesta a manutenção do companheiro como herdeiro facultativo.<sup>402-403</sup>

Esse questionamento acerca do enquadramento sucessório do companheiro como herdeiro necessário provavelmente será aclarado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de embargos de declaração. Independentemente da resposta, como menciona Anderson Schreiber, “o que se pode discutir, *de lege ferenda*, é se cônjuge e companheiro devem realmente ter direitos sucessórios ou qual o espaço que deveria a lei reservar à autonomia privada em oposição à proteção hoje rígida e cogente da herança legítima.”<sup>404</sup>

A discussão nesse sentido é importante porque, conforme mencionado no capítulo anterior, a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário não é mais unanimidade na doutrina. Em sendo estendido o direito à legítima também ao companheiro, o sistema sucessório se tornará ainda mais engessado em virtude do aumento das restrições ao testador.

<sup>401</sup> MELLO, Felipe Viana de. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 154, jul./ago. 2017.

<sup>402</sup> Ibidem, p. 153.

<sup>403</sup> Por oportuno, destaca-se trecho do voto a respeito: “Se a informalidade da constituição da relação, a qual, repise-se, exige comunhão de vida para ser família, pudesse justificar direitos diferentes ou em menor extensão, também restaria afastada a incidência de regime de comunhão de bens, quanto aos efeitos *inter vivos*. Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, *a priori*, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.” (STF. **RE 646.721/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 10/05/2017).

<sup>404</sup> SCHREIBER, Anderson. **União Estável e casamento**: uma equiparação? 2 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>> . Acesso em: 12 jan. 2018.



#### 4.2.2 Como será a participação do companheiro se preenchida a hipótese do artigo 1.830 do Código Civil de 2002?

A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal, diante dos novos contornos que inaugura, intensificou também o questionamento sobre como será a participação do companheiro na sucessão por morte na hipótese de existir cônjuge separado de fato do autor da herança.

A questão decorre de inconsistência do Código Civil de 2002 porque, ainda que o §1º do artigo 1.723<sup>405</sup> admita a constituição de união estável com pessoa separada de fato ou judicialmente, o artigo 1.830<sup>406</sup> estabelece que o cônjuge perde os seus direitos sucessórios apenas se, ao tempo da morte, estiver separado judicialmente, separado de fato há mais de dois anos ou separado de fato há menos de dois anos por culpa exclusiva sua. Ou seja, pela literalidade dos dispositivos e pela análise fria do contido na tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal, existe a possibilidade de duas pessoas virem a ser, ao mesmo tempo, titulares de idêntica parcela da herança.

Diante disso, nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, “indaga-se: quem recolherá o direito sucessório: o cônjuge ou o companheiro do falecido? É possível, a favor de ambos, a partilha desse direito? Caso a concorrência entre eles seja admitida, de que modo será feita?”<sup>407</sup>

Flávio Tartuce sustenta que, antes do julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721/RS e 878.694/MG, estando preenchida a hipótese do artigo 1.830 do Código Civil de 2002, quatro eram as teses possíveis: (i) a divisão dos bens de forma igualitária entre o cônjuge e o companheiro, ignorando o contido no artigo 1.790; (ii) a atribuição ao companheiro de um terço dos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, nos termos do inciso III do artigo 1.790, destinando o restante dos bens ao cônjuge; (iii) a atribuição de todos os bens

<sup>405</sup> **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

**§ 1º** A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

<sup>406</sup> **Art. 1.830.** Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

<sup>407</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 387-388.

adquiridos onerosamente durante a união estável ao companheiro, por ser a estrutura familiar que prevalece quando da morte; e (iv) a divisão da herança em dois montes, um composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento, sobre os quais somente o cônjuge tem direito, e outro constituído pelos bens adquiridos durante a união estável, sobre os quais o companheiro tem direito aos adquiridos onerosamente e o cônjuge sobre os adquiridos a outro título.<sup>408</sup>

No entanto, com a equiparação dos regimes sucessórios do cônjuge e do companheiro pelo Supremo Tribunal Federal, não é mais possível a aplicação da literalidade do artigo 1.830 do Código Civil de 2002 de forma conjugada com o artigo 1.790 do mencionado diploma. Em virtude disso, quando se busca literalidade, o jurista afirma que a tese que parece prevalecer é a da divisão dos bens de forma igualitária entre o cônjuge e o companheiro. Por outro lado, quando se busca a leitura idealizada, a tese que prevalece é a de atribuição de todos os bens ao companheiro, porém, na forma prevista no artigo 1.829 do Código Civil de 2002.<sup>409</sup>

Sobre a temática, Elder Gomes Dutra assevera:

Há de se convir que a situação enfrentada não é de fácil solução e que a casuística exige do intérprete muita parcimônia, tudo com o intuito de buscar o caminho do meio, atuando com equilíbrio, a fim de evitar a adoção de posições extremistas, do tipo tudo para o cônjuge, nada ao companheiro, ou vice-versa, evitando-se medidas radicais, quase sempre injustas (...).<sup>410</sup>

Esse questionamento também contribui para demonstrar o descompasso do direito das sucessões em relação à família contemporânea. Arelado ao fato de não existir no sistema sucessório resposta ao problema inaugurado pela coexistência dos artigos 1.723 e 1.830 do Código Civil de 2002 e intensificado pela tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre a culpa conjugal também evidencia a necessidade de releitura do direito das sucessões.

Conforme mencionado anteriormente, a Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, garantindo a possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio, sem a exigência de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos ou de comprovada

<sup>408</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 281-282.

<sup>409</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>410</sup> DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 19, p. 69, jan./fev. 2017.

separação de fato por mais de dois anos. O divórcio passou a ser exclusivamente direto, ainda que litigioso, e a separação judicial deixou de ser tutelada pelo texto constitucional.<sup>411</sup>

Além disso, a ausência de afetividade e solidariedade entre os cônjuges separados de fato, assim como a exigibilidade de prazo, igualmente são motivos que permitem questionar o direito à herança atribuído ao sobrevivente.

Ante o exposto, é possível concluir que os desafios apresentados pela sociedade ao Poder Judiciário, exemplificados no presente estudo através dos *leading cases* analisados, não somente contribuem para evidenciar que a necessidade de releitura do direito das sucessões, como também acabam contribuindo para a configuração desse cenário de rigidez no âmbito sucessório.

As regras sucessórias não podem permanecer ignorando a pluralidade de entidades familiares para além do casamento, da união estável e da família monoparental. Também não podem permanecer estranhas às necessidades concretas dos beneficiários da sucessão por morte e aos laços de afetividade criados pelo autor da herança. Diante das transformações sofridas pela família, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a busca deve ser por congruência e segurança jurídica, de modo que o direito das sucessões efetivamente resulte em continuidade de direitos e obrigações, e não em ruptura.

---

<sup>411</sup> Ressalta-se que, ainda que se cogite a vigência das normas infraconstitucionais que regulam a separação judicial (em virtude do posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1.247.098/MS e 1.431.370/SP), isso não altera a conclusão de que perquirir sobre a culpa conjugal não se justifica diante da concepção contemporânea de família.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das sucessões possui estreita relação com os institutos da propriedade, da autonomia privada e da família.

A relação com a propriedade está ligada à própria justificativa da sucessão por morte, na medida em que, caso não existisse, o próprio direito de propriedade se tornaria incompleto. Por outro lado, a relação com a autonomia privada e a família é vista quando se busca identificar quem são as pessoas que devem ser destinatárias do patrimônio da pessoa falecida. Essa conclusão é obtida a partir da análise das características e dos fundamentos das espécies de sucessão por morte admitidas no ordenamento jurídico brasileiro. A autonomia privada se revela na sucessão testamentária, enquanto a família se revela na sucessão legal.

Em virtude desse estreito relacionamento, as transformações pelas quais passam os institutos basilares do direito civil devem repercutir também no sistema sucessório, sob pena incorrer em incongruências e, conseqüentemente, ineficácia.

Ocorre que, no Brasil, as mudanças ocorridas na propriedade, na autonomia privada e na família, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, não foram acompanhadas pelo direito das sucessões.

As regras sucessórias não permitem concretizar a propriedade que atenda sua função social. Isso porque, em virtude dos princípios da unidade da sucessão e da igualdade sucessória, o direito das sucessões não leva em consideração a natureza e a origem dos bens ou as qualidades pessoais dos herdeiros para a transmissão da herança. Assim, ainda que exista pessoa vulnerável e que dependia economicamente do autor da herança, em virtude de idade ou deficiência, essas características não serão avaliadas no âmbito sucessório. Além disso, os bens estão sujeitos a uma disciplina única, ainda que existam diferenciações quanto à sua natureza e origem.

Também não permitem o efetivo exercício da autonomia privada. Diversas formalidades e limites previstos em lei, embora não se justifiquem no cenário contemporâneo, permanecem restringindo a elaboração de testamentos e, conseqüentemente, a própria faculdade de dispor de coisas e direitos próprios. Nesse sentido, destaca-se o aumento do rol de herdeiros necessários e a exigência de demonstração de justa causa para a clausulação dos bens da legítima com o

Código Civil de 2002. Além disso, os testamentos não são vistos como espaço de promoção da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Por fim, as regras sucessórias não permitem a irradiação da família contemporânea ao âmbito sucessório. Embora seja possível afirmar que o direito das sucessões se democratizou ao assegurar a participação igualitária dos filhos independentemente da origem, superando a intolerância e discriminação anteriormente existente, bem como se democratizou ao limitar o número de colaterais que podem suceder e ao estabelecer a concorrência sucessória do cônjuge e companheiro com os descendentes e ascendentes, não logra sorte em resolver as diversas inconsistências que o preenchem.

Nos moldes da legislação vigente, a sucessão por morte independe da existência de afetividade entre o autor da herança e seus sucessores. Ainda, diante da impossibilidade de analisar as qualidades específicas dos herdeiros, a sucessão legal permite alcançar apenas uma igualdade formal entre as pessoas que integram a família, pois, além da impossibilidade de analisar as qualidades específicas dos herdeiros, não se busca a constatação das desigualdades, tampouco mecanismos de compensação.

A reserva hereditária atribuída aos herdeiros necessários não alcança a sua finalidade, isto é, o equilíbrio entre a proteção da família e a autonomia privada do autor da herança, porque adota como fundamento uma família estigmatizada. Além disso, a proteção atribuída ao cônjuge na sucessão legal, tendo em vista que não leva em consideração a duração do vínculo e o relacionamento concreto com o falecido, muitas vezes não se justifica.

Por todo o exposto, é possível concluir que há evidente descompasso entre o direito das sucessões e os significados contemporaneamente atribuídos aos institutos basilares do direito civil. Esse descompasso também é evidenciado quando se analisa as questões sucessórias que se revelam em razão do recente julgamento dos Recursos Extraordinários 898.060/SC, 646.721/RS e 878.694/MG, dotados de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, é certo que o reconhecimento da possibilidade jurídica de paternidades simultâneas e a equiparação dos direitos sucessórios dos cônjuges e dos companheiros, além de evidenciarem o descompasso entre o direito das sucessões e os significados contemporaneamente atribuídos aos institutos basilares

do direito civil, de certa forma, também são causa das inconsistências do sistema sucessório.

De todo modo, considerando que a ausência de adequação da lei à realidade concreta dificulta as soluções mais simples, fazendo com que em torno da herança desponham dramas familiares e bloqueios ao próprio fluir das relações patrimoniais, a necessidade de releitura do direito das sucessões é imperiosa. Até que isso ocorra, o direito das sucessões permanecerá sendo identificado como ramo abandonado do direito civil.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 18. São Paulo: Atlas, 2003.

AMORIM, Sebastião Luiz. Sucessão testamentária: arts. 1.857 a 1.990. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 19. São Paulo: Atlas, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Sucessões**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1989.

\_\_\_\_\_. **O herdeiro legitimário**. 6 dez. 1996. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B9010dcad-dac4-472e-81e6-a36e1435dbc5%7D.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Herdeiro e legatário: espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supra-individualistas da família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 1, n. 4, p. 56-63, jan./mar. 2000.

AZZARITI, Francesco Saverio. **Successioni per causa di morte e donazioni**. 3. ed. Padova: CEDAM, 1959.

BÉNABENT, Alain. **Droit civil: la famille**. 8. ed. Paris: Litec, 1997.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017.

CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. Multiparentalidade acolhida pelo STF: análise da decisão proferida no RE 898060/SC. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 169-194, jul./ago. 2017.

CARBONERA, Silvana Maria. Aspectos históricos e socioantropológicos da família brasileira. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33-66.

CARMINATE, Raphael Furtado. O direito à legítima e a autonomia privada do testador. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 2, p. 33-63, mar./abr. 2014.

CARRARO, Luigi. **La vocazione legittima alla successione**. Padova: Dott. Antonio. Milani, 1979.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CASTAN TOBENAS, José. **Familia y propiedad: la propiedad familiar en la esfera civil y en la del derecho agrario**. Madrid: Reus, 1956.

CATALAN, Marcos. Direito das sucessões: Por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro, Padma, v. 11, n. 44, p. 135-147, out./dez. 2010.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Direito da família e das sucessões**. v. 2. Lisboa: Lex, 1993.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_; ROBL FILHO, Ilton Norberto. O ensino do Direito Civil: breve ensaio sobre o Direito das Sucessões. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 651-666.



COVIELLO, Leonardo. **Successione legittima e necessaria**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1938.

CUNHA GONÇALVES, Luís da. **Direitos de família e direitos das sucessões**. Lisboa: Ática, 1955.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de Família e das Sucessões**. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELGADO, Mário Luiz. **Não cabe ao Judiciário conferir à relação informal os efeitos da sociedade conjugal**. 7 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-07/processo-familiar-nao-cabe-judiciario-dar-relacao-informal-efeitos-casamento>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. O cônjuge e o companheiro deveriam figurar como herdeiros necessários? **Revista IBDFAM**: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 23, p. 33-57, set./out. 2017.

DUTRA, Elder Gomes. A inconstitucionalidade da vocação hereditária do companheiro: o verdadeiro calvário até a sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IBDFAM**: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 19, p. 43-84, jan./fev. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 76, n. 621, p. 16-39, jul. 1987.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

\_\_\_\_\_; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Direito de família e casamento: arts. 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). **Código Civil comentado**. v. 15. São Paulo: Atlas, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Pinto Luís. **Tratado das Heranças e dos Testamentos**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giufrè, n. 11, p. 129-200, 1957.

FITERMAN, Mauro. **Direito de Família**: temas controversos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FLOUR, Jacques; SOULEAU, Henri. **Les Successions**. Paris: Armand Colin, 1982.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 10. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1961.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não-fundada no casamento. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (Org.). **Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões**. v. 1. Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75841539/v1/document/75938459/anchor/a-75938459>>. Acesso em: 30 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 29, p. 11-25, abr./mai. 2005.

GRIMALDI, Michel. **Successions**. 2. ed. Paris: Litec, 1992.

GOMES, Orlando. **O novo direito de família**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito de família**. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões**. v. 1. 4. ed. rev. e atual. por Aires Itabaiana de Oliveira. São Paulo: Max Limonad, 1952.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Andes, 1954.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Do Direito das Sucessões (arts. 1.784 a 2.027). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. v. 21. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os Sete Pecados Capitais do Novo Direito de Família**. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José. (Org.). Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões. v. 1. Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75841539/v1/document/104446199/anchor/a-104444369>> . Acesso em: 30 out. 2017.

LÔBO, Paulo. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **O direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: sucessões.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. Socioafetividade: o estado da arte no direito de família brasileiro. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 5, p. 11-24, set./out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF.** 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6123/Jurista+comenta+repercussão+da+tese+sobre+multiparentalidade++fixada+pelo+STF>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Quais os limites e a extensão da tese de repercussão geral do STF sobre socioafetividade e multiparentalidade? **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 11-27, jul./ago. 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família: aspectos polêmicos.** 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 1, p. 11-34, jan./fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito de família.** 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. “Novas” entidades familiares e seus efeitos jurídicos. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>> . Acesso em: 28 nov. 2017.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Filiação biológica, socioafetiva e registral. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349-364.

MELLO, Felipe Viana de. Reflexões sobre a sucessão testamentária pós-inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 22, p. 137-157, jul./ago. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito das Sucessões**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

\_\_\_\_\_. A família democrática. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: Thomson IOB, 2006, p. 613-640.

\_\_\_\_\_. A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. **Revista Pensar**, Fortaleza, Universidade de Fortaleza – UNIFOR, v. 18, n. 3, p. 587-628, 2013.

MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 495-545.

\_\_\_\_\_. **A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. Casamento ou união estável? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 8, p. 163-166, abr./jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Perspectivas para o planejamento sucessório. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 18, p. 11-32, nov./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. A igualdade de direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro: o julgamento do Recurso Extraordinário n. 878-694-MG. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 21, p. 125-144, mai./jun. 2017.

NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

OLIVEIRA, Euclides de. Os 7 *Pecados Capitais* do Novo Direito Sucessório. **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/715/VI%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, Síntese/IBDFAM, v. 29, p. 26-44, abr./mai. 2005.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

OTERO, Marcelo Truzzi. **Justa causa testamentária**: inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 7. ed. rev. e atual. por Heloisa Helena Barboza e Lucia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. v. 6. atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. Reflexões para o futuro. **Veja 25 anos**. São Paulo: Abril, 1993, p. 74-81.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

\_\_\_\_\_; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O Direito de Família na Constituição de 1988 e suas repercussões no Direito das Sucessões: convergências e dissensões na senda da relação entre o Código Civil e Constituição. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009. p. 429-455.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito das sucessões contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2013.

PRETTO, Cristiano. **Autonomia privada e testamento**: liberdade e limite no direito de testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015.

PROVIN, Alan Felipe. Os reflexos jurídicos decorrentes do direito à herança e à propriedade em face da limitação à liberdade de testar. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 6, p. 17-32, out./dez. 2015.

QUINTELLA, Felipe. **Efeitos sucessórios da pluriparentalidade**. 31 mar. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/03/31/repensando-o-direito-civil-brasileiro-16-efeitos-sucessorios-da-pluriparentalidade/>> . Acesso em: 7 jan. 2018.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando**

**fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, p. 3-17.

\_\_\_\_\_. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 2, p. 66-84, out./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **E então o STF decidiu o destino do artigo 1.790 do CC?** 25 dez. 2016. part. 2. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-25/processo-familiar-entao-stf-decidiu-destino-artigo-1790-cc-parte>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto?** part. 2. 3 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17235>>. Acesso em: 8 jan. 2018.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Redesenhando os contornos do direito de filiação: a incidência do afeto na composição da família contemporânea. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 3, p. 11-22, mai./jun. 2014.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (Coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1-23.

\_\_\_\_\_. Multiparentalidade e seus reflexos. **Revista Informativa IBDFAM: Multiparentalidade: vínculos que se entrelaçam**, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 29 ed., p. 12, out./nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos**. 26 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf->



repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982> . Acesso em: 7 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **União Estável e casamento**: uma equiparação? 2 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/17554>> . Acesso em: 12 jan. 2018.

STF. **ADI 4277**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, unânime, julgados em 05/05/2011.

\_\_\_\_\_. **ADPF 132**. Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, unânime, julgados em 05/05/2011.

\_\_\_\_\_. **RE 562.045/RS**. Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 06/02/2013.

\_\_\_\_\_. **RE 898.060/SC**. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 21/09/2016.

\_\_\_\_\_. **ARE 933.945/GO**. Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, unânime, julgado em 01/02/2017.

\_\_\_\_\_. **RE 646.721/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 10/05/2017.

\_\_\_\_\_. **RE 878.694/SC**. Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, maioria, julgado em 10/05/2017.

STJ. **REsp 159.851/SP**. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, julgado em 19/03/1998.

\_\_\_\_\_. **REsp 820.475/RJ**. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, maioria, julgado em 02/09/2008.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.183.378/RS**. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, maioria, julgado em 25/10/2011.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.102.360/RJ**. Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, unânime, julgado em 09/02/2010.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.217.154/DF**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 15/05/2014.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.422.946/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, maioria, julgado em 25/11/2014.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.618.230/RS**. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, unânime, julgado em 28/03/2017.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.615.054/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 03/08/2017.

\_\_\_\_\_. **REsp 1.677.931/MG**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, unânime, julgado em 22/08/2017.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Direito das Sucessões**. v. 6. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Regime sucessório da união estável não é inconstitucional**. 19 mai. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-19/regime-sucessorio-uniao-estavel-nao-inconstitucional>> . Acesso em: 12 jan. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, Magister/IBDFAM, v. 10, p. 34-60, jun./jul. 2007.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 6. ed. rev. e atual. Lisboa: Coimbra, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 47-69.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22.

\_\_\_\_\_. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira de Souza Neto (Org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 309-320.

\_\_\_\_\_. Dilemas do afeto. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 14, p. 11-27, mar./abr. 2016.

TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves. **Droit civil: les successions, les libéralités**. Paris: Dalloz, 1983.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Teoria e Prática do Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, v. 21, p. 401-419, 1979.  
VELOSO, Zeno. **Testamentos**. 2. ed. ampl. Belém: CEJUP, 1993.

VELOSO, Zeno. Direito das sucessões (arts. 1.857 a 2.027). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. O fim da legítima. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, IBDFAM, v. 16, p. 31-72, jul./ago. 2016.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 15. ed. atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEISFLOG, Heloísa Cardillo; MOREIRA, Lígia Carolina Costa. O herdeiro aparente, seus atos e responsabilidade. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, p. 103-120, jul./set. 2015.